This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 932 965
FOR TX

Wiener Staatswissenschaftliche Studien

herausgegeben von

Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich

in Wien.

Siebenter Band. Drittes Heft.

DAS RECHT ZUM GEWERBEBETRIEB.

VON

DR. RUDOLF v. LAUN.

Wien und Leipzig.

FRANZ DEUTICKE

1908.

Preis im Abonnement K 6.— = M. 5.—.
Preis im Einzelverkauf K 7.20 = M. 6.—.

Verlags-Nr. 1421.

LIBRARY

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 8 1930

Germany

WIENER

STAATSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

HERAUSGEGEBEN

VON

EDMUND BERNATZIK UND EUGEN VON PHILIPPOVICH

SIEBENTER BAND.

Wien und Leipzig.
FRANZ DEUTICKE
1908.

For TX
L

Die Verlagsbuchhandlung behält sich das Recht der Übersetzung in fremde Sprachen vor.

8/5/30
AUG 8 1930

K. u. k. Hofbuchdrucker Fr. Winiker & Schickardt, Brünn.

Inhalt.

		Seite
Die österreichische Spitzenhausindustrie. Ein Beitrag zur Frage der Hausindustriepolitik. Von Else Cronbach	I—VI.	1—212
Die Wiener Wäsche-Industrie. Von Hedwig Lemberger	I—VI.	213—448
Das Recht zum Gewerbebetrieb. Von Dr. Rudolf v. Laun	I—VI.	449—660

Wiener Staatswissenschaftliche Studien

herausgegeben von

Edmund Bernatzik und **Eugen von Philippovich**

in Wien.

Siebenter Band. Drittes Heft.

DAS RECHT ZUM GEWERBEBETRIEB.

VON

Dr. RUDOLF v. LAUN.

Wien und Leipzig.

FRANZ DEUTICKE

1908.

Verlags-Nr. 1421.

K. u. k. Hofbuchdrucker Fr. Winiker & Schickardt, Brünn.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Allgemeines 1

II. Das Subjekt des Gewerberechtes 37

A. Begriff 37

B. Die Fähigkeit zum Gewerbebetrieb 41

1. Die gewerberechtliche Rechtsfähigkeit 41

2. Die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit 48

A. Die beschränkte Erwerbsfähigkeit 50

B. Die vollständige Erwerbsunfähigkeit 53

3. Die gewerberechtliche Handlungsfähigkeit 75

III. Das Objekt des Gewerberechtes 80

A. Der Inhalt des Gewerberechtes 80

B. Die Individualisierungsmomente des Gewerberechtes . . 104

IV. Die Entstehung des Gewerberechtes 107

A. Der originäre Erwerb 107

1. Die nichtkonzessionierten Gewerbe 108

Die formellen Erfordernisse der Anmeldung . . . 116

Die formellen Erfordernisse des Gewerbescheines . . 119

2. Die konzessionierten Gewerbe 120

Das Konzessionsgesuch 125

Die formellen Erfordernisse der Konzession . . . 127

B. Der derivative Erwerb 128

1. Bei Personalgewerben 128

2. Bei Realgewerben 131

V. Die Erlöschung des Gewerberechtes 134

A. Bei Personalgewerben 134

B. Bei Realgewerben 144

VI. Die verbindliche Kraft der rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Akte 144

1. Die materielle Rechtskraft 144

A. Die Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft . . 144

B. Die Wirkung der Rechtskraft 159

2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens 161

A. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme 161

B. Die Wirkungen der Wiederaufnahme; die Zurücknahme 165

Seite

3. Ungültigkeit und absolute Nichtigkeit 173
A. Begriff 173
B. Die Fälle der absoluten Nichtigkeit und der Ungültigkeit von Entscheidungen und den darauf beruhenden Verfügungen 177
C. Die absolute Nichtigkeit und die Ungültigkeit von anderen Verfügungen und von Parteihandlungen . . . 189
D. Die Wirkung der absoluten Nichtigkeit 191
E. Die Wirkung der Ungültigkeit 192

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse 197

Verzeichnis der zitierten Gesetzesstellen 200

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen und Erlässe 202

Alphabetisches Sachregister 205

Abkürzungen.

A. B. G. B. = Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
A. G. O. = Österreichische Allgemeine Gerichtsordnung.
A. L. R. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
Archiv f. öfftl. R. = Archiv für öffentliches Recht.
B. = Budwinski, Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes.
E. = Entscheidung.
Erl. = Erlaß.
Gerichtsz. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
Ges. = Gesetz.
G. O. = Die österreichische Gewerbeordnung in ihrer gegenwärtig geltenden, durch die Novellen geänderten Fassung.
Grünhuts Ztschr. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
J. G. S. = Justizgesetzsammlung.
Jur. Bl. = Juristische Blätter.
K. M. P. = Kundmachungspatent zur Gewerbeordnung.
Norm. Slg. = Normaliensammlung für den politischen Verwaltungsdienst, Wien, 1901 ff.
O. V. G. = Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
P. G. S. = Politische Gesetzes-Sammlung.
R. G. B. = Reichsgesetzblatt.
R. G. O. = Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in ihrer gegenwärtig geltenden, durch die Novellen geänderten Fassung.
St. G. = Strafgesetz.
U. G. G. = Ungarisches Gewerbegesetz v. 18. Mai 1884, XVII. Gesetzartikel vom Jahre 1884.
V. G. H. = Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes.
Vdg. = Verordnung.
Verw. = Verwaltung.
Verw.-R. = Verwaltungsrecht.
Z. = Zahl.
Ztschr. f. Verw. = Österreichische Zeitschrift für Verwaltung, herausgegeben von Jäger.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches ist in der 4., Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte in der 2. und Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes in der 6. Auflage zitiert.

Heller, Das österreichische Gewerberecht konnte nur bis zur 5. Lieferung (einschließlich S. 240) berücksichtigt werden.

I. Allgemeines.

I. A. Der Gesetzgeber kann zu jeder Äußerungsform gewerblicher Tätigkeit in dreifacher Weise Stellung nehmen: Entweder er erlaubt sie unmittelbar, oder er verbietet sie unmittelbar, oder endlich er beauftragt und ermächtigt die Behörde, die einzelnen Gewerbshandlungen zu erlauben oder zu verbieten. Welchen Weg er im einzelnen Falle einschlägt, hängt von seiner Ansicht über das Interesse der Allgemeinheit und des Staates ab. Ist nach seiner Auffassung eine bestimmte Tätigkeit immer im öffentlichen Interesse gelegen oder immer gegen dasselbe gerichtet, so erlaubt, beziehungsweise verbietet er sie direkt. Dadurch verpflichtet er die Verwaltungsbehörde, derartige Handlungen niemals zu stören, beziehungsweise sie immer zu verhindern. Läßt sich aber mit Rücksicht darauf, daß die öffentlichen Interessen stets wechseln können und im voraus unbestimmbar sind, eine solche Norm ein für allemal nicht aufstellen, so wird der Behörde überlassen, zum einzelnen Falle durch Verbot oder Erlaubnis Stellung zu nehmen, je nachdem das öffentliche Interesse es erheischt; das heißt: es wird ihr freies Ermessen eingeräumt.

Zahlreiche Gesetze operieren mit dem Begriffe des freien Ermessens. Dadurch wird die Praxis genötigt, das Gebiet desselben von jenem des gesetzlichen Gebundenseins abzugrenzen. Sie tut dies jedoch in einer inkonsequenten, rein gefühlsmäßigen Weise. Auch wo die Theorie ihr zu Hilfe zu kommen sucht, verfällt sie in willkürliche und unbegründete Unterscheidungen. So führt, um nur ein Beispiel zu nennen, Roesler[1]) aus, das „amtliche Ermessen" sei mit der „Auslegung der Gesetze nach Überzeugung und Gewissen" nicht zu verwechseln. Ersteres beziehe sich „auf die freie Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse, Umstände und Personalien, über welche das Gesetz keine Disposition trifft, weil sie der jedesmaligen Disposition von Fall

[1]) in Grünhuts Ztschr. IV, 285.

zu Fall überlassen bleiben müssen; letztere dagegen auf die Ermittlung der bereits wirklich in dem Gesetze enthaltenen Disposition des Gesetzgebers". So gehöre es z. B. in das Gebiet des Amtsermessens, die Gesundheitswidrigkeit einer Anlage zu prüfen. Aber ist denn dies nicht Interpretation des gesetzlichen Begriffes der Gesundheitswidrigkeit?

Wie schwankend und unzureichend die Grenze ist, welche man zwischen dem freien Ermessen und der gesetzlichen Gebundenheit zu ziehen pflegt, hat namentlich Tezner [2]) gezeigt. Aber er gibt keine bessere an. Ja er behauptet sogar, da jede, auch die genaueste Norm dem „individuellen Belieben" des handelnden Organes immer noch einen Raum gewähre, so lasse insoferne „auch eine Norm deskriptiven Inhaltes freies Ermessen zu" [3]). Für ihn gibt es also ein solches bei allen behördlichen Akten. Damit ist aber der Praxis nicht geholfen.

Die Erkenntnis der Schwierigkeiten, welche dem Begriffe des freien Ermessens anhaften, hat nun dazu geführt, daß die herrschende Lehre einen stufenweisen Übergang von der gesetzlichen Gebundenheit zum freien Ermessen annimmt und jeden grundsätzlichen Unterschied leugnet. So sagt Bernatzik [4]): „Besieht man sich genauer die Kategorien des technischen Ermessens, die „Angemessenheit", „Nützlichkeit", „Gefahr" usw., so findet man, daß dies durchwegs Begriffe sind, deren Vorhandensein erst unter Anwendung einer ziemlich komplizierten Reihe von Schlußketten bejaht werden kann. Je mehr sich ein Urteil über tatsächliche Momente der allgemeinen Kontrolle entzieht, desto mehr geht es in das Gebiet des technischen Ermessens über. Es gibt eben auf allen Gebieten geistiger Tätigkeit eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr konstatieren können.... Urteile ich, die Strafe Z sei für das Delikt A „angemessen", so gebe ich damit meinem Dritten völlig unkontrollierbaren Rechtsgefühl, auch wohl anderen subjektiven Empfindungen Ausdruck, deren Gesamtheit das richterliche „Ermessen" bildet.

---

[2]) Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, und in Grünhuts Ztschr. XIX, 327 ff.

[3]) Zur Lehre vom freien Ermessen, 14.

[4]) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 42, 43.

Ganz dasselbe liegt vor, wenn ich beurteile, ob eine Anlage sanitätswidrig sei, Wasser- oder Feuersgefahr provoziere u. dgl."

Jellinek[5]) äußert sich folgendermaßen: „.... auch innerhalb des inhaltlich vom Gesetze bestimmten Gebietes der Verwaltung ist neben dem rechtlich gebundenen ein Element freier Tätigkeit vorhanden, das nur von der allgemeinen Norm pflichtmäßigen Handelns, das den Staatsorganen obliegt, nicht aber von irgendwelchen spezialisierten Rechtssätzen beherrscht ist. Verwaltung ist niemals bloße Vollziehung, maschinenmäßige Anwendung allgemeiner Regeln auf den einzelnen Fall, schon deshalb, weil sie nicht bloß obrigkeitliche, sondern auch soziale Tätigkeit in sich schließt. Die Verwaltung besitzt daher einen Raum freien Ermessens, der von Rechtsregeln begrenzt, aber nicht inhaltlich bestimmt ist." Und er behauptet[6]), es sei auch „dem modernen Richter ein gesetzlich umschriebener Kreis freien Ermessens zugewiesen worden, der inhaltlich dem bei der Verwaltung beobachteten gleichartig ist, also auch nur gebunden von jener allgemeinen Norm pflichtmäßigen Handelns". Weiter[7]) fährt er fort: „Am reichsten zeigt sich aber die gebundene Tätigkeit in der Rechtsprechung, deren spezifische Form des Urteils sich stets als Anwendung der Rechtsregel auf den einzelnen Fall darstellen muß, so daß kein streitentscheidender richterlicher Akt bei aller möglichen Zulassung freien Ermessens den Charakter einer rein arbiträren Festsetzung annehmen kann. Größere Freiheit zeigen richterliche Verfügungen, die aber auch stets ein Moment der rechtlichen Bindung im Hinblick auf den Endzweck des Prozesses erhalten."

Menzel[8]) führt aus: „Die Frage, ob „Unbescholtenheit", „Gefährlichkeit" und ähnliche Momente einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof unterliegen, läßt sich nicht für alle Fälle gleichmäßig bejahend oder verneinend beantworten. Es ist vielmehr für jedes einzelne Rechtsinstitut, in welchem solche technische Begriffe vorkommen, zu erwägen, ob der betreffende Ausdruck nicht in einem ganz spezifischen Sinne zu nehmen sei. Im Wege der juristischen Interpretation kann sich das Resultat

---

[5]) Allgemeine Staatslehre, 566.
[6]) a. a. O. 568.
[7]) a. a. O. 569.
[8]) Die Arbeiterversicherung nach österreichischem Rechte, 159.

ergeben, daß z. B. die „Unbescholtenheit", „Verläßlichkeit", „Gefährlichkeit" in einer bestimmten Gesetzesstelle wenigstens negativ abgegrenzt werden können. Erst wenn feststeht, daß ein abstraktes Merkmal für ein bestimmtes Tatbestandsmoment aus dem Geiste eines Rechtsinstitutes nicht abgeleitet werden kann, daß also der Gesetzgeber die Frage des Vorhandenseins dieses Tatbestandsmomentes in jeder Beziehung der Prüfung des einzelnen Falles überlassen wollte, dann erst kann von einem „freien Ermessen" die Rede sein. Tatbestandsmomente, welche bisher als rein technische gegolten haben, können durch Wissenschaft und Praxis des Rechts allmählich den Charakter von Rechtsbegriffen erhalten. Das Gebiet des freien Ermessens der Verwaltungsbehörden läßt sich daher nicht abstrakt begrenzen."

Auch die französische Theorie und Praxis dehnen den Begriff des freien Ermessens so weit aus, daß eine Abgrenzung von jenem Gebiete, in welchem die Behörde nicht mehr frei, sondern gesetzlich gebunden handelt, unmöglich wird.

So ordnet z. B. das Dekret vom 15. Oktober 1810 an, daß gefährliche, schädliche und lästige Gewerbeanlagen einer polizeilichen Erlaubnis bedürfen, die nur unter gewissen, genau bestimmten Voraussetzungen zu erteilen ist[9]). Welche Anlagen unter das Gesetz fallen, ist in einem dem Gesetze beigefügten Verzeichnis, bzw. den seither erschienenen Nachtragsverzeichnissen zu entnehmen. Wenn die Behörde erklärt, daß eine bestimmte Anlage den gesetzlichen Bedingungen entspreche oder nicht entspreche, so ist dies lediglich eine Interpretation des Gesetzes und eine Subsumtion des Tatbestandes unter jene

---

[9]) Näheres s. bei Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence Bd. XXXI, 1 ff.; M. St.-Ch. Clérault, Etablissements dangereux insalubres ou incommodes Paris 1845; Tambour, traité pratique des ateliers insalubres usw. Paris 1869; Batbie, Traité théorique et pratique de droit administratif, 2. Aufl., V, 507 ff.; Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3. Aufl., I, 481, III, C. 5, ch. 1; Ducrocq, Cours de droit administratif, 7. Aufl., II, 302 ff.; Constant, Code des établissements industriels, 3. Aufl., Paris 1893; A. H., Etablissements dangereux usw., Paris 1898; Berthélemy, Traité élementaire de droit administratif, 4. Aufl., 364 ff.; Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 6. Aufl., 531 ff.; Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, 213 ff.

Rechtsnorm. Denn die Behörde sagt nicht, wie Otto Mayer[10]) annimmt, was sie selbst für gut und zweckmäßig hält, sondern sie spricht aus, was nach ihrer Meinung der Gesetzgeber für gut und zweckmäßig erklärt hat. Dies selbst dann, wenn sie die gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln als überflüssig betrachtet.

Gleichwohl erklären die französischen Theoretiker die erwähnte Genehmigung als einen Akt des freien Ermessens und als eine Ausnahme von der Regel, daß Akte des freien Ermessens nicht Gegenstand der ordentlichen Verwaltungsrechtspflege sein können. So sagt Aucoc[11]): „Par sa nature, cette question d'appréciation des précautions à prendre .... semblerait devoir rentrer exclusivement dans les pouvoirs de l'administration active. Il n'y a pas ici un texte de loi à appliquer; la question n'est donc pas naturellement de domaine de la juridiction administrative."[12]) Batbie[13]) spricht von einer „dérogation au principe suivant lequel les actes qui se rattachent au pouvoir de police (er müßte genauer sagen: pouvoir discrétionnaire) ne peuvent être l'objet d'aucun recours par la voie contentieuse" und begründet dies damit, daß „l'autorisation préalable est une mesure exigée dans l'intérêt de la salubrité publique". Als ob nicht auch strikte gesetzliche Normen die öffentliche Gesundheit schützen könnten!

In der neueren deutschen Literatur beginnt sich nun hie und da die Erkenntnis Bahn zu brechen, daß die behördlichen Tätigkeitsformen, welche man bisher als solche des freien Ermessens bezeichnete, nicht alle derselben Natur sind. So sondert Otto Mayer[14]) das „richtige freie Ermessen" von dem gebundenen Ermessen bei Akten der Rechtsprechung, und Georg Meyer[15]) unterscheidet innerhalb des freien Ermessens ein „freies Ermessen im strengen Sinn". Doch herrscht keine Übereinstimmung über den Grund jener Unterscheidung und die zu ziehende Grenzlinie. Otto Mayer findet das „richtige"

---

[10]) Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, 215.

[11]) Conférences sur l'administration et le droit adm., 3. Aufl., I, 481.

[12]) Vgl. auch Ducrocq, Cours de droit adm., 7. Aufl., II, 312; Hauriou, Précis de droit adm., 7. Aufl., 531, Anm. 3.

[13]) Traité théorique de pratique et droit adm., 2. Aufl., V, 511.

[14]) Deutsches Verwaltungsrecht I, 165.

[15]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsr. I, 47, Anm. 3.

freie Ermessen nur bei Verfügungen, nicht bei Entscheidungen [16]). Allein Beispiele von Erwägungen des freien Ermessens sind ihm die Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit einer Anlage [17]), der Besorgnis des Mißbrauches einer Schankwirtschaftserlaubnis [18]). Können solche Erwägungen nicht ebensogut Gegenstand einer Entscheidung wie Grundlage einer Verfügung sein? Georg Meyer nimmt freies Ermessen im strengen Sinn nur an, wo über die Voraussetzungen einer behördlichen Handlung oder Unterlassung gar keine gesetzlichen Vorschriften bestehen. Aber auch wenn gesetzliche Voraussetzungen normiert seien, z. B. bei der Beurteilung des Leumundes, der Zuverlässigkeit usw., sei die Entscheidung „von einem gewissen Ermessen der Behörde abhängig". Damit ist die Unterscheidung wieder aufgehoben. Gar keine gesetzlichen Vorschriften bestehen nirgends; das Gebiet, in welchem die Behörde „frei" ist, ist immer durch Normen, z. B. jene über die Kompetenz, umgrenzt.

Dennoch liegt diesen Versuchen ein richtiger Gedanke zugrunde. In der Tat ist das, was man bisher freies oder diskretionäres Ermessen zu nennen pflegte, zweierlei: erstens Subsumtion von Tatsachen unter das objektive Recht und zweitens die von der Rechtsordnung unbeeinflußte Beurteilung der Zweckmäßigkeit. Es soll im folgenden versucht werden, diese Unterscheidung schärfer und folgerichtiger durchzuführen, als es bisher geschah. Zunächst ist jedoch eine Bemerkung vorauszuschicken.

B. Das Material, welches den behördlichen Akten zugrunde liegt, besteht nicht bloß aus Rechtsnormen, Zweckmäßigkeitserwägungen und konkreten Tatsachen. Eine wichtige Rolle spielen die Erfahrungssätze [19]). Dies sind allgemeine Regeln, welche im Wege der Induktion durch eine Reihe von Verbindungsschlüssen [20]) aus Erfahrungstatsachen abgeleitet worden sind. Sie lassen sich alle auf das Schema eines hypothetischen

---

[16]) a. a. O. Vgl. auch Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 181.

[17]) Archiv f. öfftl. Recht, I, 720, 721.

[18]) a. a. O. XXI, 47, Anm. 65.

[19]) F. Stein, Das private Wissen des Richters, 14 ff. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 70 ff., 115 ff. R. Pollak, Gerichtsz., LII (1901), 385 ff., und System des österr. Zivilprozeßrechtes 405. Vgl. auch Wach, Vorträge über die Reichs-Zivilprozeßordnung, 2. Auf., 208.

[20]) Wundt, Logik, 3. Aufl., I, 348 ff.

Urteiles zurückführen: Wenn A eintritt, so tritt (notwendig oder wahrscheinlich) B ein. Dadurch ähneln sie den Rechtssätzen, deren Schema folgendes ist: Wenn A eintritt, so soll B eintreten.

Die Rolle, welche die Erfahrungssätze im Leben eines jeden Menschen spielen, ist viel größer, als man sich dessen bewußt wird. Von den primitivsten Versuchen des Kindes über den Gebrauch seiner eigenen Sinnesorgane und Gliedmaßen bis zur Ermittlung der kompliziertesten Regeln in Wissenschaft und Kunst stützt sich der Mensch auf eine ungezählte Reihe bewußter und unbewußter, selbstgefundener und überlieferter Erfahrungssätze. Solche sind daher auch bei der Entstehung des staatlichen Willens von Bedeutung. Auf sie gründet sich die Rechtsordnung ebenso wie die behördliche Erwägung des öffentlichen Interesses. Daß vor allem das Gewohnheitsrecht lediglich auf Erfahrungssätzen beruht[21]), sei nur beiläufig erwähnt. Das Gesetz hat dieselbe Grundlage. Nur wenn diese berücksichtigt wird, kann es richtig verstanden und befolgt werden.

Scheinbar kann nun das Gesetz gegenüber den Erfahrungssätzen eine zweifache Stellung einnehmen. Entweder es gibt eine strikte Regel, ein Produkt der Erfahrung des Gesetzgebers, lediglich auf den konkreten Fall anzuwenden. Oder es trägt dem Richter, bzw. der Behörde ausdrücklich oder stillschweigend auf, eigene Erfahrungssätze zu verwerten. Beispiele der ausdrücklichen Bezugnahme auf Erfahrungssätze sind in unserem Gebiete etwa: „wenn Mißbrauch zu besorgen ist" (§ 5 G. O., § 33, Abs. 2, P. 1 R. G. O. u. a.); „wenn eine Gefährdung oder Belästigung möglich ist" (§ 25 G. O., §§ 16, 30c) und d) R. G. O., § 25 U. G. G. u. a.); oder: die Festsetzung von Maximaltarifen „unter Berücksichtigung der bestehenden Verhältnisse" (§ 51 G. O.). Hiegegen nehmen z. B. die §§ 76 ff. R. G. O. stillschweigend an, daß die Behörde bei Festsetzung der Taxen die erfahrungsgemäßen Verhältnisse zugrundelegt.

In der Theorie des Zivil- und Strafrechtes spricht man häufig da, wo dem Richter ein derartiger Spielraum zur Verwertung seiner Lebenserfahrung gewährt ist, vom „richterlichen Ermessen"[22]). In jener des Verwaltungs-

[21]) Stein, a. a. O. 40.

[22]) Seuffert, Über richterliches Ermessen, Gießen 1880, 4 ff.; Stein, a. a. O. 40 ff., 135 u. a.

rechtes sollte der Ausdruck „Ermessen" für diese Art behördlichen Wirkens vermieden werden. Denn letztere hat nichts zu tun mit den Akten der vollziehenden Gewalt im Gebiete des freien Ermessens im engeren Sinne, von welchem im folgenden die Rede sein soll.

Jenes sogenannte „richterliche Ermessen" ist von den Fällen der scheinbar strikten Bindung des Richters nicht grundsätzlich zu trennen. Beide sind nur quantitativ, nicht qualitativ verschieden. Auch die präziseste Norm ist nur dadurch verständlich und ausführbar, daß sie mit Erfahrungssätzen in Verbindung gebracht wird [23]); beruht doch die Bedeutung eines jeden Wortes auf solchen (vgl. § 6 a. b. G. B.)! Auch ein strikter Rechtssatz verlangt keine bloß mechanische Anwendung [24]), ja eine solche ist streng genommen gar nicht möglich. Denn „die Worte an und für sich geben keinen bestimmten Sinn. Um den ihnen zukommenden Sinn zu entdecken, wird stets eine komplizierte Schlußfolgerung nötig" [25]). Das Gesetz ist vielmehr eine „konstante, lebendige Kraft" [26]). Zu verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Orten, in verschiedenen Gesellschaftskreisen angewendet, kann sein Inhalt ein anderer sein, wenn es auch noch so strikt gefaßt wäre. Jede Anwendung eines Gesetzes ist in dieser Hinsicht produktive Tätigkeit [27]), sie schafft ein „Mehr" gegenüber der gesetzlichen Norm [28]).

Wo immer gesetzlicher Wille bindend ist, findet also überall Subsumption des Tatbestandes unter Rechtsnormen und Erfahrungssätze statt. Aber die letzteren sind entweder Teil des Rechtssatzes oder doch, wo sie dies nicht sind, ihm nicht gleichartig [29]). Allerdings hat hier der Richter oder die Verwaltungsbehörde aus der eigenen Erfahrung verbindliche Normen zu gestalten. „Daß aber dadurch der Richter als gleichberechtigter Faktor dem souveränen Gesetz an die Seite gestellt sei, wäre nur dann zuzugeben, wenn der Richter in seinem Ermessen so ohne Schranken frei wäre, wie ein Gesetzgeber, der schlechthin alles befehlen darf. Aber nicht eine Erlaubnis,

---

[23]) Vgl. Stein, a. a. O. 43, Danz, a. a. O. 28, 117.
[24]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 567.
[25]) Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. 268.
[26]) Wach, a. a. O. 257; Stein, a. a. O. 42.
[27]) Danz, a. a. O. 28. A. M. Wach, a. a. O. 255.
[28]) Danz, a. a. O. 29.
[29]) Stein, a. a. O. 42.

sondern ein Befehl ist es, der an ihn ergeht...." Es ist seine Aufgabe, „unter dem Gesetze stehend dem Gesetze zu dienen, als sein getreuer Hüter, — unfrei, wo das Gesetz bestimmten Befehl enthält, und da, wo es ihn missen läßt, wie ein verständiger Diener von den Interessen und Ideen des Gesetzes beherrscht".[30])

Dieselbe Stellung hat die Verwaltungsbehörde im Gebiete ihres gesetzlichen Gebundenseins. Nur wo ihr freies Ermessen (im engeren Sinne) eingeräumt ist, gilt das Gegenteil, wie im folgenden näher ausgeführt werden soll. Wenn im weiteren Verlaufe dieser Arbeit dem freien Ermessen die Anwendung von Rechtsnormen entgegengestellt wird, so ist der letztere Begriff immer in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß auch die Verwertung von Erfahrungssätzen gemäß dem Willen des Gesetzgebers eine Anwendung des Gesetzes ist.

C. Der Unterschied zwischen der gesetzlichen Gebundenheit und dem freien Ermessen der Behörde beruht nun auf den nachstehenden Erwägungen:

a) Mag es sich um eine Entscheidung oder eine Verfügung oder um einen Akt handeln, welcher beides enthält, so ist das Verhältnis der Behörde zum Gesetze ein durchaus gleichartiges, solange sie nur den Tatbestand unter Rechtsnormen zu subsumieren und diese auszuführen hat. Hier hat die Behörde nur die Gesetzmäßigkeit ihres Vorgehens zu erwägen, die Beurteilung seiner Zweckmäßigkeit ist ihrem arbitrium vollständig entzogen und vom Gesetzgeber ein für allemal in „einer die Erwägung des Zweckmäßigen ersparenden Weise"[31]) vollzogen worden.

Diese Tätigkeit ändert sich nicht, wenn eine Norm den Tatbestand mit vagen, unbestimmten Ausdrücken umschreibt, welche der Auslegung einen weiteren Spielraum lassen, oder wenn sie auf Erfahrungssätze Bezug nimmt. Ob z. B. ein Rechtssatz lautet: „Jeder eigenberechtigte Staatsbürger, welcher noch nicht wegen eines Verbrechens oder wegen eines Vergehens oder einer Übertretung aus Gewinnsucht verurteilt wurde, ist zum Gewerbebetriebe zuzulassen," oder ob er lautet: „Jeder eigenberechtigte, unbescholtene Staatsbürger ist zum Gewerbebetriebe zuzulassen," hat auf das Wesen der behördlichen Tätigkeit

---

[30]) Stein, a. a. O.

[31]) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 201.

keinen Einfluß. Die erste Fassung setzt der Auslegung allerdings wenig Schwierigkeiten entgegen, während die zweite zu der Frage führt, ob der Bewerber unbescholten sei. Im ersten Falle handelt es sich um die einfache Anwendung einer präzisen Regel, im zweiten dagegen muß die Behörde den Geist des Gesetzes[32]) ermitteln, welches erst durch diesen logischen Prozeß „voll entwickelt und im ganzen Umfange seiner Bedeutung erkannt zu werden vermag“[33]). Allein hier wie dort ist eine Auslegung der Norm nötig[34]), die Behörde untersucht ohne Rücksicht auf ihre eigene Ansicht über die Zweckmäßigkeit ihres Vorgehens bloß, ob anläßlich des vorliegenden Sachverhaltes jene Gesichtspunkte in Betracht kommen, welche bei Erlassung der Norm für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit durch den Gesetzgeber maßgebend waren[35]). Andere Erwägungen, z. B. wirtschaftspolitischer Art, bleiben aus dem Spiele. In beiden Fällen bestimmt die Behörde ihr Verhalten nach Regeln des Verwaltungsrechtes und nicht der Verwaltungslehre[36]), übt daher die gleiche Art behördlicher Tätigkeit aus, nämlich Würdigung eines Tatbestandes, Auslegung einer Rechtsnorm und Anwendung derselben auf den Tatbestand. Nichts anderes tut der Richter, wenn er einmal die strikteste Norm des Wechselrechtes zur Anwendung bringt, ein anderesmal beurteilt, ob ein Vormann „verdächtig“ (§ 373 a. b. G. B.), ein Schmerzensgeld „angemessen“ (§ 1325 a. b. G. B.) ist, ob ein Übel aus einer Tat „gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann“ (§ 1 St. G.).[37]) Je weniger genau die gesetzlichen Ausdrücke sind, je mehr Erfahrungssätze zu Hilfe genommen werden müssen, desto freier ist diese Beurteilung, desto größer der Spielraum für jene logische Tätigkeit, welche durch Interpretation den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln trachtet. Aber ein Unterschied in der Art der behördlichen Tätigkeit liegt in den zahllosen denkbaren Abstufungen zwischen

---

[32]) Vgl. R. Pollak, System des österr. Zivilprozeßrechtes, I, 116; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 165.

[33]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 568.

[34]) Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 14.

[35]) Vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, II, 165.

[36]) Vgl. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 3, Anm. 3; Laband, a. a. O. II, 189.

[37]) Vgl. auch Otto Mayer im Archiv f. öffentl. Recht, I, 722, 723.

der freiesten und der gebundensten Tatbestandswürdigung nicht vor.

Der Richter hat das Erkenntnis, ob eine Strafe angemessen, eine Anlage sanitätswidrig sei, nicht, wie Bernatzik [38]) ausführt, nach seinem unkontrollierbaren Rechtsgefühl oder gar nach anderen subjektiven Empfindungen zu fällen. Vielmehr hat er nach seinem besten Wissen und Gewissen lediglich das als Recht auszusprechen, was als Wille des Gesetzes expressis verbis zum Ausdruck gekommen wäre, wenn es den konkreten Tatbestand individuell geregelt hätte. Und er muß so selbst dann vorgehen, wenn es mit seiner persönlichen Überzeugung und seinem Rechtsgefühl in Widerspruch stünde [39]). Dies gilt ohne Unterschied, ob es sich um die Tätigkeit des Richters oder der Verwaltungsbehörde handelt und ob jene Erwägung einer Entscheidung oder einer Verfügung zugrunde gelegt wird. Es gilt im allgemeinen auch dann, wenn das Gesetz mit Begriffen wie Nützlichkeit, Tauglichkeit, Zuverlässigkeit (z. B. § 30 a) R. G. O.) oder Verläßlichkeit (z. B. § 23, Abs. 1 G. O.) usw. operiert. Denn auch eine solche Norm ermächtigt in der Regel die Behörde nicht, die Zweckmäßigkeit ihres Verhaltens selbstständig zu beurteilen. Der Beamte soll nicht tun, was er persönlich für nützlich hält, sondern was im Sinne der bestimmten Norm oder eines Normenkomplexes nützlich ist, auch wenn er etwa das ganze Gesetz selbst für schädlich hielte. [40])

b) Im Gegensatz zu den besprochenen Fällen der Würdigung des Tatbestandes steht das freie Ermessen im engeren, eigentlichen Sinne, in welcher Bedeutung dieser Ausdruck fortan gebraucht werden soll. Freies Ermessen ist der Behörde nur dann eingeräumt, wenn das Gesetz sie beauftragt, das zu tun, was sie selbst für das Zweckmäßigste hält. Hier hat der Gesetzgeber nicht wie oben ausdrücklich oder implicite ausgesprochen, was öffentliches Interesse ist, sondern es der Behörde über-

---

[38]) a. a. O. 43.

[39]) Vgl. Laband, a. a. O. II, 165; s. auch Otto Mayer, Archiv f. öfftl. Recht I, 720; Tezner, a. a. O. 33 ff., 53 ff. u. a. Vgl. ferner Seuffert, Über richterliches Ermessen, bes. 7 ff.; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 28, bes. Anm. 3.

[40]) Vgl. zum vorgehenden die Debatte über den Begriff der Zuverlässigkeit in § 32, Abs. 2 R. G. O., bei Seydel, Das Gewerbe-Polizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung 80, Anm. 5 u. 81 Anm. 1.

lassen, sich eine eigene Ansicht darüber zu bilden[41]) und sich so dem im vorhinein unbestimmbaren Wechsel der öffentlichen Interessen anzupassen. Allerdings ist auch die Entscheidung darüber, was im öffentlichen Vorteil oder Nachteil liegt, in letzter Linie Subsumtion eines Tatbestandes unter einen gesetzlichen Begriff. Aber der Rechtssatz „Handle so, wie es das öffentliche Interesse verlangt", unterscheidet sich grundsätzlich von allen übrigen Normen. Er ermächtigt die Behörde unter Umständen zu Akten, welche sie sonst nicht vornehmen dürfte, verpflichtet sie aber nicht. Die Behörde bleibt ebenso unbehindert in ihrer Entschließung, wie wenn nichts normiert wäre. Jener Rechtssatz ist also gleichsam ein Blankettgesetz. Die Behörde soll ihr Verhalten nach bestem Wissen und Gewissen bestimmen. Ihre Ansicht, ihr pflichtmäßiges Wollen ersetzt den Befehl, den jede andere Norm unmittelbar an den Tatbestand knüpft. In diesem Falle, und nur in diesem Falle ist die Behörde Sachverständiger für das öffentliche Interesse[42]): sie handelt nicht nach Regeln des Verwaltungsrechtes, sondern der Verwaltungslehre.

Diese Art der Tätigkeit ist der Verwaltungsbehörde als solcher eigentümlich. Der Rechtsprechung ist sie vollkommen fremd; denn eine Subsumtion unter Normen der Verwaltungslehre wäre keine Rechtsprechung. Daher gibt es kein derartiges freies Ermessen der Gerichte, außer wenn diese als Verwaltungsbehörden fungieren, wie dies z. B. im außerstreitigen Verfahren geschieht. „Was das Gericht zu tun hat, ist nur der förmliche Ausspruch dessen, was das Gesetz gewollt hat. Es macht nur die Anwendung des Gesetzes. Das Ermessen, welches es dabei übt, geht bloß auf Anpassung des Tatbestandes mit seinen Besonderheiten an den Willen des Gesetzes."[43])

Die Ermächtigung der Behörde, nach freiem Ermessen vorzugehen, muß an einen gesetzlich umschriebenen Tatbestand geknüpft sein; ferner kann das Gesetz dem freien Ermessen beliebig enge Schranken ziehen, z. B. der Behörde bloß die Wahl zwischen zwei genau vorgezeichneten Wegen lassen, um einen

---

[41]) Vgl. auch Bernatzik, Rechtsprechung, 44 und 118, und in Grünhuts Zeitschr. XVIII, 159, 160, ferner Tezner, a. a. O. 69, 70.

[42]) Bernatzik, Rechtsprechung, 43, 44, Anm. 7.

[43]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R., I, 84. Vgl. auch Seuffert, Über richterliches Ermessen, 4.

gewollten Zweck zu erreichen. Soweit es sich um solche gesetzliche Voraussetzungen und Schranken handelt, ist das freie Ermessen ausgeschlossen, daher auch Rechtsprechung möglich. Wesentlich ist aber, daß unter den gesetzlichen Voraussetzungen und innerhalb der gesetzlichen Schranken die Behörde ihr Verhalten nach ihrer eigenen Ansicht über dessen Zweckmäßigkeit bestimmen kann. Sie vollführt nicht schlechthin den bereits im Gesetz niedergelegten Staatswillen, sondern sie ist „schöpferisch tätig, um neuen Staatswillen zu erzeugen“ [44]).

Bei der Schöpfung dieses neuen Staatswillens hat die Behörde nur das öffentliche Interesse, die Verwirklichung der Staatsaufgaben, zu verfolgen. Man nehme z. B. an, ein Rechtssatz lautete: „Die Behörde kann jeden eigenberechtigten Staatsbürger zum Gewerbebetriebe zulassen.“ Danach wäre die Behörde allerdings verpflichtet, jeden Nichteigenberechtigten oder Nichtstaatsbürger abzuweisen (Tatbestandswürdigung). Sie ist aber ermächtigt, auch jedem, den sie als Staatsbürger und eigenberechtigt anerkennt, die Zulassung zum Gewerbebetrieb im öffentlichen Interesse zu versagen. Sie kann sich hiebei von politischen, nationalökonomischen, fiskalischen, strategischen Rücksichten usw. leiten lassen.

Es darf nicht übersehen werden, daß die Behörde ihre Entscheidung nach freiem Ermessen hauptsächlich auf Erfahrungssätze stützt und daß solche auch bei der Würdigung des Tatbestandes angewendet werden. Hier aber haben sie, soweit ihre Anwendung dem Willen der Rechtsordnung entspricht, den Charakter von Imperativen, dort lediglich den von Regeln einer Wissenschaft oder Kunst.

c) Ob ein Gesetz der Behörde freies Ermessen in dem dargelegten Sinne einräumen wollte, ist oft nur schwer festzustellen. Meist drückt es diesen Gedanken aus, indem es sagt: „Die Behörde ist berechtigt...“, „befugt“ [45]), „kann“ [46]), „darf“ [47]) u. ä. Solche Wendungen bedeuten jedoch häufig bloß Kompetenzbestimmungen, ohne normieren zu sollen, ob die Behörde „muß“

---

[44]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 165. Vgl. denselben im Archiv f. öfftl. R., I, 720, 721, und Theorie des französ. Verw.-R., 110; Roesler in Grünhuts Zeitschr. IV, 212; Laband, a. a. O. II, 166 u. a.

[45]) z. B. § 42 b), Abs. 4 R. G. O.

[46]) z. B. § 55 a), Abs. 2 R. G. O.

[47]) z. B. § 56 c), Abs. 1 R. G. O.

oder „kann", ob sie verpflichtet sein soll, ein vom Gesetz vorgeschriebenes Verhalten zu beobachten, oder ob sie selbst ihr Verhalten bestimmen soll[48]). Derartige Ausdrücke ordnen aber mitunter sogar eine gesetzliche Pflicht der Behörde zu einem bestimmten Verhalten an. Dann heißt: „Die Behörde kann" nicht, sie hat das zu tun, was sie für das Zweckmäßigste hält, sondern das, was im Geiste dieses Gesetzes das Zweckmäßigste ist, dasjenige, um dessentwillen die betreffende Norm geschaffen wurde[49]).

Allerdings ist zuzugeben, daß zwischen dem freien Ermessen und der bloßen Würdigung des Tatbestandes eine scharfe Grenze nicht gezogen werden kann[50]). Denn der Gesetzgeber kann die Erwägung einzelner Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses vorschreiben, die der anderen ausschließen, und zwar in allen denkbaren Abstufungen[51]). Aber wo läßt sich im praktischen Leben jemals eine Grenzlinie mit mathematischer Schärfe ziehen?[52]) Auch ist die Anwendung des freien Ermessens häufig an gesetzliche Tatbestände von so unbestimmter Fassung geknüpft, daß man geneigt ist, den Unterschied zwischen der Berücksichtigung öffentlicher Interessen und der freien Würdigung des Tatbestandes zu übersehen. Endlich sind die gesetzlichen Ausdrücke meist von einer bedauerlichen Unklarheit, welche deren Auslegung sehr erschwert. Es ist de lege ferenda zu wünschen, daß der Unterschied zwischen dem freien Ermessen und der Würdigung des Tatbestandes in den Gesetzen möglichst scharf zum Ausdruck gebracht werde. Hiedurch würde die

[48]) Z. B. § 127, Abs. 4 G. O. Ein Beispiel anderer Art ist § 42 a), Abs. 2 und 3 R. G. O., wo es unklar gelassen ist, ob die wegen mangelnden Bedürfnisses Ausgeschlossenen auf die Behauptung eines entsprechenden Bedürfnisses einen Rechtsanspruch gegen die Verwaltung stützen können.

[49]) Vgl. R. Pollak, a. a. O. 115, und Tezner, a. a. O. 28, 29. Ein Beispiel ist § 51, Abs. 1 R. G. O., welcher die Behörde zum Einschreiten zweifellos verpflichtet; ebenso § 127, Abs. 5 G. O.

[50]) Vgl. auch Tezner, a. a. O. 14, 15.

[51]) Die Praxis kennt geradezu verschiedene „öffentliche Interessen". So unterscheidet z. B. der Erl. d. Min. d. Inn. v. 27. Sept. 1898, Z. 31254, Norm. Slg. 1882, öffentliche Interessen sicherheitspolizeilicher und hygienischer Natur von dem öffentlichen Interesse der Hebung der Volkswirtschaft.

[52]) Vgl. auch Bernatzik, a. a. O. 7, Tezner, a. a. O. 38 ff., und in Grünhuts Ztschr. XIX, 334—335, Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 563 u. a.

Klarheit und Präzision der Verwaltungsgesetze, welche ja ohnedies in dieser Hinsicht hinter den Privatrechtsgesetzen weit zurückstehen, bedeutend gewinnen.

Die Unterscheidung zwischen dem freien Ermessen und der Tatbestandswürdigung ist jedoch nicht bloß de lege ferenda von Bedeutung. Sie ist geltendes Recht, weil in der Natur der Sache liegend. Nur muß man sich gegenwärtig halten, daß die Gesetze, wie die Literatur und die Praxis den Ausdruck freies Ermessen bald in seiner engeren, bald in einer weiteren Bedeutung gebrauchen. Wie sie ihn verstehen, läßt sich oft nur aus dem Geist und Zusammenhang des ganzen Gesetzes ermitteln. Ein wichtiges Beispiel bietet das Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof in seinem § 3 e), dem zwecks Illustration des früher Gesagten einige Worte gewidmet seien.

Im allgemeinen ist der Verwaltungsgerichtshof bei Verletzung aller subjektiven öffentlichen Rechte kompetent. Die Würdigung des Tatbestandes, an den jene Rechte geknüpft sind, also auch z. B. der Verläßlichkeit, des Lokalbedarfes usw., kann er allerdings in der Regel nicht nachprüfen, da er nach § 6, Abs. 1, auf Grund des in der letzten administrativen Instanz angenommenen Tatbestandes zu erkennen hat. Immerhin kann er nach § 6, Abs. 2, in den Fällen der Aktenwidrigkeit, der wesentlichen Ergänzungsbedürftigkeit und wesentlicher Mängel des Verfahrens zum Schutze des auf freier Tatbestandswürdigung beruhenden verletzten subjektiven Rechtes eingreifen [53]). Doch selbst diesen Schutz gewährt die Praxis nur zum Teile [54]). Denn sie betrachtet viele Fälle der Tatbestandswürdigung als Fälle des freien Ermessens, in welchen nach § 3 e) der Verwaltungsgerichtshof nicht zuständig ist. Je mehr sie auf diese Weise den Begriff des freien Ermessens ausdehnt, desto lästiger wird die Ausnahme des § 3 e) vom Publikum empfunden, desto angenehmer ist sie den Verwaltungsbehörden. Kein Wunder daher, wenn der Versuch gemacht wird, diese Ausnahme ganz hinwegzuinterpretieren, wie ihn Tezner in der mehrfach zitierten Abhandlung „Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte" unternommen hat. Ein Argument spricht gewiß für ihn: daß es unmöglich ist, zwischen freier

[53]) Vgl. Tezner, a. a. O. 43, 44.
[54]) Vgl. u. a. Bernatzik in Grünhuts Ztschr. XVIII, 153.

und nicht freier Würdigung des Tatbestandes eine auch nur einigermaßen brauchbare Grenze zu ziehen[55]). Aber meines Erachtens liegt eben die Grenze ganz wo anders: Nur in den Fällen des freien Ermessens in dem früher entwickelten, engeren Sinn ist der Verwaltungsgerichtshof nach § 3 e) nicht zuständig, in allen übrigen ist er es.

II. Entsprechend der dreifachen Stellungnahme der Rechtsordnung ist die gewerbliche Tätigkeit entweder 1. verboten, unbefugt, oder 2. prekär, vom freien Ermessen der Behörde abhängig, oder 3. erlaubt.

1. Unbefugt ist der gesetzlich unzulässige Betrieb, der Betrieb ohne ein ihn deckendes Gewerberecht und ohne eine ihn deckende prekäre Befugnis. Dies gilt auch dann, wenn ein unbefugter Betrieb nicht beabsichtigt ist[56]). Die Behörde ist verpflichtet, den unbefugten Betrieb zu hindern, ein Recht auf Zulassung des Betriebes oder irgendwelchen, wenn auch nur vorläufigen, Schutz desselben ist begrifflich ausgeschlossen. Daher setzt das Einschreiten der Behörde nicht eine formelle Untersagung voraus, so daß die tatsächliche Schließung des Betriebes etwa erst nach Eintritt der Rechtskraft verfügt werden könnte; der unbefugte Betrieb ist vielmehr sofort einzustellen[57]) und die Schließung eventuell mit den der Behörde zustehenden Zwangsmitteln (§ 152 G. O.) durchzusetzen. Ob der unbefugte Gewerbebetrieb strafbar ist, ist eine Frage für sich, welche hier nicht zu behandeln ist.

Das vom verbotenen Betrieb im allgemeinen Gesagte gilt auch von allen einzelnen verbotenen Äußerungen gewerblicher Tätigkeit, z. B. Überschreitungen des Umfanges des Gewerberechtes.

2. Prekär ist eine Äußerung gewerblicher Tätigkeit, wenn die Behörde weder verpflichtet ist, sie zu untersagen, noch zu gestatten, sondern wenn das eine oder das andere ihrem freien Ermessen anheimgegeben ist[58]). Dann kann die Behörde,

---

[55]) Vgl. auch seine Ausführungen, a. a. O. 14, 15 u. in Grünhuts Ztschr. XIX, 327 ff., bes. 335.

[56]) Heller, Das österr. Gewerberecht 24.

[57]) Erl. d. Min. des Inn. v. 9. Aug. 1902, Z. 32918, Norm. Slg. 4871. Vgl. auch § 15, Abs. 2 R. G. O., im Gegensatze zu den §§ 51 ff. u. 63.

[58]) Vgl. auch Ulbrich in Grünhuts Ztschr. IX, 28, Anm. 67. Beispiele: § 57, Abs. 1 G. O., sobald rechtskräftig festgestellt ist, daß ein Grund zur Zurücknahme besteht, eine Untersagung aber noch

solange sie jene Tätigkeit nicht eingestellt hat, noch immer von der Untersagung Gebrauch machen, es wäre ihr denn eine Frist gesetzt, durch deren Ablauf sie sich des Verbietungsrechtes verschweigt und die prekaristische Befugnis zum Rechte erstarkt. Im Zweifel ist jedoch eine Frist nicht anzunehmen. Ist einmal eine gänzliche Untersagung erfolgt, so wird der Betrieb endgültig unbefugt, die Behörde kann ihn nicht nachträglich wieder zulassen, hiezu wäre Neubegründung einer Gewerbebefugnis nötig.

Solange der prekäre Zustand dauert, ist die Ausübung des Gewerbebetriebes, bzw. der sonstigen gewerblichen Tätigkeit zulässig. Eine unmittelbare Einstellung oder Verhinderung ohne vorhergehende Untersagung, Zurücknahme usw. wäre unstatthaft. Solange also diese letztere nicht erfolgte, ist der Rechtszustand derselbe wie bei einem resolutiv bedingten Rechte; nur ist die Bedingung hier der Wille der Behörde. Der Inhalt des Rechtes ist aber, wie unten darzulegen ist, eine Herrschaft über den Willen der Behörde. Es liegt also hier ebensowenig ein Recht vor, wie im Privatrechte eine Leistungspflicht begründet wird durch die Abmachung: A soll dem B 100 zu leisten schuldig sein, wenn er will.

Hiegegen darf nicht eingewendet werden, daß der Private nach seinem Belieben handeln könne, während die Behörde unter allen Umständen verpflichtet sei, das öffentliche Interesse zu wahren. Gewiß ist die Behörde im ganzen Gebiete der freien Verwaltung an die allgemeine Norm pflichtmäßigen Handelns gebunden [59]), und dieses pflichtmäßige Handeln besteht, soweit nicht Verwaltungsverordnungen, Instruktionen maßgebend sind, in der Beobachtung des Satzes: „Du sollst so handeln, wie du glaubst, daß es im öffentlichen Interesse liegt." [60]) Dieser Satz ist auch sicherlich mehr als das Ergebnis einer Auslegung der Absicht der Parteien bei Begründung der Dienstpflicht des Beamten, das auf jeden Handlungsgehilfen ebenso Anwendung

---

nicht ergangen ist; § 62, Abs. 5 R. G. O., statuiert eine prekäre Befugnis zum Mitnehmen von Kindern unter 14 Jahren beim Wandergewerbebetrieb usw.

[59]) Jellinek, System der subj. öfftl. Rechte, 200, 201, und Allgemeine Staatslehre, 566; Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 12 u. a.

[60]) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 3, Anm. 3 u. 39 ff., und in Grünhuts Ztschr. XVIII, 156.

fände[61]). Denn der Staat hat nach heutiger Auffassung eine, wenn auch unerzwingbare, Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses[62]), die Pflicht des Beamten deckt sich mit der Pflicht des Dienstherrn. Dagegen die Pflicht des Handlungsgehilfen bezieht sich auf ein Verhalten, das im freien Belieben des Dienstherrn liegt. Er kann also ohne weiteres gegen das Beste des Prinzipals handeln, wenn er erwarten kann, dieser werde seine Handlungsweise genehmigen. Endlich enthält der Satz: „Tue, was du für nützlich hältst," im Gegensatze zu dem Satze: „Tue, was du willst," gewiß eine rechtliche Schranke[63]), denn seine Verletzung zieht Rechtsfolgen — disziplinärer Natur — nach sich. Auch Dienstpflicht ist Rechtspflicht[64]). Aber ungeachtet alles dessen ist die Verpflichtung der Behörde, im öffentlichen Interesse zu handeln, keine „externe", sondern eine lediglich „interne Zwangsnorm"[65]), sie begründet nur eine Dienstpflicht[66]), eine Gebundenheit nach innen[67]), aber keine Ansprüche Dritter, keine Gebundenheit nach außen[68]). Niemand kann gegen die vollziehende Gewalt einen Anspruch dahin geltend machen, daß sie eine bestimmte Ansicht über das öffentliche Interesse habe. Denn darin besteht ja eben das Wesen des freien Ermessens, daß die Behörde zwischen zwei oder mehreren Arten des Verhaltens wählen kann, ohne durch die Ausübung der Wahl normwidrig zu handeln[69]), gleichgültig, ob die Wahl von der einschreitenden Behörde selbst getroffen wird oder von der Oberbehörde durch Erteilung einer Instruktion. Was aber nicht normwidrig ist, kann auch kein subjektives Recht verletzen. Die Handlungen der Behörde sind „actes du pouvoir discrétionnaire, qui peuvent blesser des intérêts sans léser des droits acquis"[70]).

Allerdings ist die Behörde zur Wahrung des öffentlichen

---

[61]) Wie Otto Mayer im Archiv f. öfftl. Recht I, 721 annimmt.

[62]) Jellinek, System der subj. öfftl. Rechte, 200, 201.

[63]) was Laband a. a. O. II, 166, Anm. 1 leugnet.

[64]) Bernatzik, Rechtsprechung, 40, 41, und Jellinek, a. a. O. 202, 203; A. M. Laband, a. a. O. II, 168, 169.

[65]) Ihering, Zweck im Recht, 4. Aufl., I, 259.

[66]) Otto Mayer a. a. O.; Laband, a. a. O. II, 166, Anm. 1.

[67]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 166, Anm. 10.

[68]) Vgl. auch Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 13, 14.

[69]) Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 12, 13.

[70]) Laferrière, droit public et administratif, III, 537.

Interesses berufen. Verletzt sie dieses, so überschreitet sie ihren Wirkungskreis [71]) und der französische Staatsrat behandelt es als excès de pouvoir, wenn die Behörde „a usé de son pouvoir pour un cas et des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué" [72]). Auch soweit der recours pour excès de pouvoir einen Mißbrauch des freien Ermessens, ein „détournement de pouvoir" geltend macht, ist der Grund die lésion d'un droit und nicht das froissement d'un intérêt [73]). So fühlt wenigstens der Deutsche. Unter den französischen Theoretikern ist es bestritten, ob das détournement de pouvoir die subjektive Rechtssphäre verletzt oder nicht [74]). Insbesondere Berthélemy [75]) und Hauriou [76]) leugnen es, daß jenes Rechtsmittel individuelle Rechtsansprüche geltend macht. Zwar sei es zur Legitimation erforderlich, daß individuelle Interessen des Beschwerdeführers verletzt sind; aber nicht hierin sei der Grund des Rekurses gelegen, sondern in dem allgemeinen Interesse an einer guten Verwaltung [77]). Hauriou scheut vor den Konsequenzen dieser Auffassung nicht zurück, indem er zugibt, daß der Beschwerdeführer somit eine öffentliche Funktion (un ministère public) versehe. Danach wäre der Rekurs eine actio popularis. Dennoch sei nicht jeder französische Untertan legitimiert [78]). Es müsse vielmehr ein besonderes Verhältnis zwischen dem Reklamanten und dem angefochtenen Akte bestehen, und zwar ein rechtliches Verhältnis (une „situation juridique") [79]), die bloß faktische Verletzung eines Interesses würde nicht genügen [80]).

---

[71]) Vgl. auch Otto Mayer, Deutsches Verw. R. I, 165; dagegen Bernatzik, Rechtsprechung, 239, Anm. 26.

[72]) Ducrocq, Cours de droit administratif, 7. Aufl., II, 30, 34; Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et adm., 2. Aufl., VII, 454; Aucoc, Conférences de droit adm., 2. Aufl., I, 524 u. 531; Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2. Aufl., II, 548 ff.; Ebren, Théorie du détournement de pouvoir; Berthélemy, Traité elementaire de droit adm., 4. Aufl., 920; Hauriou, Précis de droit admin. et de droit public, 6. Aufl., 452.

[73]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 191.

[74]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verw.-R. 139, Anm. 2.

[75]) a. a. O. 914.

[76]) a. a. O. 429, Anm. 1, 442, 454.

[77]) Berthélemy, a. a. O.; Hauriou, a. a. O. 429, Anm. 1.

[78]) Hauriou, a. a. O. 443.

[79]) a. a. O.

[80]) a. a. O. 444.

Nach diesen Erörterungen ist es wohl nicht zu bezweifeln, daß der recours pour excès de pouvoir subjektive Rechtsansprüche gegen die vollziehende Gewalt schützt, ihr pouvoir discrétionnaire nicht zu mißbrauchen. Dies gilt nicht nur, wenn er, wie es meist der Fall ist, unrichtige Tatbestandswürdigung, sondern auch, wenn er Verletzung des öffentlichen Interesses durch die behördliche Zweckmäßigkeitserwägung geltend macht.

Das eben Ausgeführte findet im deutschen und österreichischen Rechte keine Parallele. Der recours pour excès de pouvoir ist ein eigenartiges Institut des französischen Rechtes, dessen Grundsätze auf andere Rechtsgebiete nicht übertragen werden dürfen [81]). Die Kompetenz der deutschen und österreichischen Verwaltungsgerichte setzt grundsätzlich Gesetzwidrigkeit des Verhaltens der Behörde voraus, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt [82]). Genauer ausgedrückt, die Rechtsbeschwerde ist nicht schon dann gegeben, wenn eine Dienstesvorschrift übertreten wurde, sondern erst bei Verletzung eines Gesetzes, das nach Absicht des Gesetzgebers auch nach außen wirkt. Wo „Ermessensfragen" der Überprüfung durch ein Verwaltungsgericht unterliegen [83]), handelt es sich entweder um Überschreitung von rechtlichen Schranken des Ermessens, oder um dessen tatsächliche und rechtliche Voraussetzungen, jedenfalls also um Überprüfung der Subsumtion eines Tatbestandes unter eine Rechtsnorm, nicht aber um Überprüfung von Erwägungen der Zweckmäßigkeit.

Begrifflich wäre es möglich, daß auf Zweckmäßigkeitsregeln Rechtsansprüche gegründet werden, indem eine Norm des Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes Regeln der Verwaltungslehre zu Normen des Verwaltungsrechtes macht, welchen sie eine Wirkung nach außen gegenüber den Parteien zuschreibt. Diese Norm dürfte aber nicht lauten: „Tue, was du für das öffentliche Interesse hältst", sondern „Tue, was ein normaler Beamter für das öffentliche Interesse hält" [84]), d. h. was der in den maßgebenden Kreisen herrschenden Meinung entspricht. Einer solchen Norm ist wohl die freie Auffassung des Franzosen

---

[81]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 192, Anm. 25.

[82]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 192.

[83]) Vgl. Otto Mayer, a. a. O. I, 167 ff.

[84]) Otto Mayer, Theorie des franz. Verw.-R. 143, Deutsches Verw.-R. I, 193.

gewachsen, nicht aber die Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit des Deutschen.

Tatsächlich gibt es auch im deutschen und österreichischen Rechte einen derartigen Rechtssatz nicht, es gibt keinen Rechtsanspruch gegen den Staat darauf, daß seine Beamten sich im Gebiete des freien Ermessens wie „ordentliche Verwaltungsbeamte" verhalten [85]). In Österreich hat insbesondere das Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof [86]) die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Verwaltungsbehörde wegen unrichtiger Beurteilung des öffentlichen Interesses im § 3e) ausdrücklich abgelehnt. Der Behörde ist also im Verhältnis nach außen die „rechtliche Freiheit der Entschließung" [87]) gewahrt, es gilt der Satz: „Der Mangel der Zweckmäßigkeit macht die Verfügung niemals rechtlich unwirksam oder unerlaubt; er ist überhaupt ohne juristische Erheblichkeit." [88]) Das heißt, gegenüber dem freien Ermessen gibt es keine subjektiven Rechte. Daher ist auch die Ausübung der prekären Befugnis zu einer gewerblichen Tätigkeit nicht Ausübung eines Rechtes. Der Gewerbetreibende mag im Verfahren vor der Behörde selbst durch formelle Rechte, betreffend Ladung, rechtliches Gehör, Rechtsmittel usw., geschützt sein, diese machen immer nur ein verletztes Interesse, ein intérêt froissé, niemals ein verletztes Recht, ein droit lésé geltend. Ein Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde besteht nicht.

3. Erlaubt sind jene Äußerungen gewerblicher Tätigkeit, welche die Behörde verpflichtet ist, zuzulassen und nicht zu stören. Hieher gehört alles, was vom objektiven Recht weder verboten noch dem freien Ermessen überlassen ist. Denn „die dem Staatsbürger obliegende Gehorsamspflicht ist im modernen Staate keine ungemessene, deren Umfang durch das Belieben der Regierung bestimmt werden könnte .... Jeder Verwaltungsbefehl muß daher auf einem Gesetze beruhen, welches die Regierung mit der Befugnis ausstattet, eine derartige, Leistung, Handlung oder Unterlassung von den Untertanen zu verlangen" [89]). Jedem Individuum ist also eine Freiheitssphäre ge-

---

[85]) A. M. Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 193.

[86]) Ges. v. 22. Okt. 1875, R. G. B. Nr. 36.

[87]) Laband, a. a. O. II, 166.

[88]) Laband, a. a. O. II, 181.

[89]) Laband, a. a. O. II, 180. Übereinstimmend damit nebst den von Laband a. a. O. Anm. 1 genannten Autoren Otto Mayer, Deutsches

währt, in welche die Verwaltungsbehörde nicht eingreifen darf. Der Umfang dieser Sphäre wird durch die Aufzählung der Grund- und Freiheitsrechte in den verschiedenen Staaten nicht erschöpft [90]; die Freiheit der gewerblichen Arbeit kann vielmehr auch dann daraus gefolgert werden, wenn eine ausdrückliche Statuierung derselben fehlt. Für Österreich behebt Art. 6 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger [91]) jeden Zweifel, indem er anordnet: „Jeder Staatsbürger kann . . . . unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben."

Aber schon die Gewerbeordnung von 1859 beruhte auf diesem Gedanken. Zu ihrem vollen Verständnis muß man sich stets vor Augen halten, daß in ihr „die Idee des freien Gewerbebetriebes zum leitenden Gedanken gemacht worden" ist [92]).

Diese Sätze sind für die Auslegung der gewerberechtlichen Normen von großer Wichtigkeit. So zahlreich die Beschränkungen der Gewerbefreiheit auch sein mögen, sie stellen sich nach heutiger Auffassung doch nur als Ausnahmen vom Grundsatze der Gewerbefreiheit dar und sind daher nicht auszudehnen. Es ist im Zweifel die geringere Beschränkung anzunehmen. Erlaubt ist also jede gewerbliche Tätigkeit, die von keiner Norm getroffen wird. Diejenigen Tätigkeiten aber, welche unter die Gewerbeordnung oder unter Spezialgesetze fallen und hier innerhalb gewisser Schranken erlaubt sind, müssen als jenseits dieser Schranken verboten gelten. Dies hat insbesondere Bedeutung für den Umfang der Gewerberechte. Wer einfach das Recht erwirbt, ein konkretes Gewerbe auszuüben, kann alle Handlungen vornehmen, die den Zwecken dieses Unternehmens dienen und nicht anderweitig verboten sind [93]). Wer aber z. B.

Verw.-R. I, 272; Jellinek, System der subj. öfftl. Rechte, 357, und Allg. Staatslehre, 379, Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 4. Aufl., 225, Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 6. Aufl., 499, sowie die bei Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 649, Anm. 3 zitierten Schriftsteller. Abweichender Ansicht Stein, Verwaltungslehre I, 1, 316, Georg Meyer, a. a. O. 649 ff., Ranelletti im Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano IV., 1. Teil, 258 und die bei Laband und Georg Meyer genannten Autoren.

[90]) Vgl. statt vieler Jellinek, System der subj. öfftl. Rechte, 94 ff., bes. 102.

[91]) Ges. v. 21. Dez. 1867, R. G. B. Nr. 142.

[92]) Marchet in der Österr. Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtsprechung v. Samitsch, II, 15.

[93]) So auch u. a. V. G. H. v. 25. April 1901, Z. 3255 B, 276 A.

die Konzession erlangt, die Gewerbshandlungen a), b), c), d) vorzunehmen, oder wer nur diese Handlungen anmeldet, ist von allen anderen ausgeschlossen, wenn sie auch noch so sehr zum Betriebe der betreffenden Gewerbsart gehören würden.

Ist nun eine gewerbliche Tätigkeit vom Gesetze erlaubt, so ist zwar die Behörde zweifellos verpflichtet, sich jedes Eingriffes und jeder Störung aus Zweckmäßigkeitsrücksichten zu enthalten; allein damit ist noch nichts darüber gesagt, ob dem Rechtssubjekte, in dessen Interesse jene behördliche Pflicht normiert wurde, auch ein individualisierter Anspruch gegen die Behörde auf Erfüllung jener Pflicht zusteht, ob also der Rechtssatz dem Individuum ein subjektives Recht gewähren will oder ob der Schutz des Individualinteresses nur Reflex des objektiven Rechtes sein soll.

Die Ansichten darüber sind geteilt. Eine Anzahl der bedeutendsten Autoren spricht sich dafür aus, daß es sich hier nicht um subjektive Rechte handle. So sagt Laband, die Freiheits- und Grundrechte seien keine subjektiven Rechte, „denn sie haben kein Objekt“ [94]). „Gewerbefreiheit“, führt er aus, „ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit.“ [95]) Seydel charakterisiert die Zulassung zum Gewerbebetrieb mit folgenden Worten: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es sich hier nie und nirgends um die Verleihung eines Gewerberechtes, sondern nur um eine polizeiliche Prüfung nach der Richtung hin handelt, ob im gegebenen Falle gesetzliche Gründe vorliegen, welche die Verwaltungsbehörde berechtigen, jemanden von einem bestimmten Gewerbebetriebe aus Rücksichten des öffentlichen Wohles auszuschließen.... Der Gewerbebetrieb selbst ist vielmehr nichts anderes als die Betätigung der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfreiheit, der nur die öffentlichrechtliche Befugnis der Verwaltungsbehörde einschränkend gegenübersteht.“ [96]) Otto Mayer, der sich der Ansicht Labands an-

---

[94]) a. a. O. I, 138 und Deutsches Reichsstaatsrecht in „Das öfftl. Recht der Gegenwart“ 1907, 43 Anm. 1.

[95]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches III, 195, Anm. 1.

[96]) Gewerbepolizeirecht, 69. Vgl. auch seine Ausführungen Bayer. Staatsr. I, 300.

schließt[97]), sagt von der Polizeierlaubnis, welche den Gewerbebetrieb gestattet: „Die Erlaubnis bedeutet nur die Wiederherstellung der Freiheit, sie hat keinen eigenen Inhalt. Sie gibt dem Empfänger nichts Neues hinzu zu dem, was er ohnedies hat.“[98])

Hiemit sind die Vertreter jener Anschauung, welche das subjektive Gewerberecht leugnet, noch keineswegs erschöpfend aufgezählt. Hieher gehören vielmehr im allgemeinen alle jene Schriftsteller, welche, wie zuerst Gerber[99]), den Grund- und Freiheitsrechten den Charakter von subjektiven Rechten absprechen[100]). Nur vereinzelt wird der Gedanke angedeutet, daß nicht alle „Grundrechte“ derselben Natur seien, und die Möglichkeit betont, daß einzelne derselben subjektive Rechte seien, andere nicht[101]). Es ginge weit über die hier gestellte Aufgabe hinaus, jene verschiedenen Meinungen im einzelnen darzulegen. Sie gehen alle im wesentlichen auf die Vorstellung zurück, daß die Ausübung der „Grundrechte“ nichts anderes als die Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit sei. So sagt Richard Schmid[102]), die Freiheitsrechte seien natürliche Freiheiten. Es fehle das erste und allein sichere Kennzeichen des subjektiven Rechtes, nämlich die einer bestimmten Einzelperson vom Rechte beigelegte Machtbefugnis, einem anderen durch ihr Willensverhalten Beschränkungen und Rücksichten aufzuerlegen. Wo der Sprachgebrauch vom Menschenrechte rede, werde in Wahrheit nur gesagt, daß der Staat kein Recht g e g e n das Individuum habe.

Dem gegenüber nimmt die überwiegende Mehrzahl der

---

[97]) Deutsches Verw.-R. I, 106, Anm. 7.

[98]) a. a. O. I, 292.

[99]) Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts § 11, Über öffentliche Rechte 77 ff. Vgl. zu Gerbers Ausführungen Romano „La teoria dei diritti pubblici subbiettivi“ im Primo trattato di diritto amministrativo italiano, Milano 1900, I, 115, 118.

[100]) Vgl. insbesonders die bei Giese, Die Grundrechte, in den Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht Band I, Heft 2, 27 ff. und bei Romano a. a. O. 116 Anm. 2 erwähnten Autoren.

[101]) so von Giese, a. a. O. 74. Dies ist insbesondere die Ansicht von Sarwey, der die Grundrechte im allgemeinen als bloße Funktionen des objektiven Rechtes charakterisiert (vgl. Giese a. a. O. 34), andrerseits aber ausdrücklich erklärt (Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 510), es gebe ein subjektives Recht auf den Gewerbebetrieb.

[102]) Prozeßrecht und Staatsrecht, 22, 23.

Theoretiker[103]) und die ausschließliche Praxis in Deutschland wie in Österreich das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes an.

In der Mitte zwischen diesen Ansichten liegt die Auffassung Jellineks[104]). Er nennt die „staatsfreie, das Imperium verneinende" individuelle Freiheitssphäre den negativen Status[105]). Dieser negative Status sei nicht ein Komplex einzelner Freiheitsrechte, aber auch kein einheitliches subjektives Recht, er sei vielmehr identisch mit den für den Staat rechtlich irrelevanten Handlungen der Subjizierten[106]). Dennoch liege hier keine bloße Reflexwirkung objektiven Rechtes vor. Denn der negative Status sei dadurch geschützt, daß der einzelne seine Anerkennung und die Unterlassung und Beseitigung jeder Störung seitens der Staatsbehörden verlangen könne[107]). Jellinek gibt somit zu, daß hier ein streng individualisierter Rechtsschutzanspruch besteht, folglich die „Fähigkeit, Normen des öffent-

---

[103]) Vgl. Georg Mayer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 800; Dantscher v. Kollesberg, Die politischen Rechte der Untertanen II, 105; Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession 25; Sarwey, Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 510; Roesler in Grünhuts Zeitschr. IV, 262; Radnitzky, Parteiwillkür im öfftl. Recht, 46; Vossen, Der oberverwaltungsgerichtliche Schutz der Industrie und des Gewerbes, 82; ferner die bei Laband a. a. O. I, 138. Anm. 2, G. Meyer, a. a. O. 799, Anm. 1, und Giese, a. a. O. 35 ff., sowie die unten in Anm. 148 zitierten Schriftsteller.

Von französischen Autoren vertritt Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 6. Aufl., 315, 316 mit Nachdruck die Ansicht, daß die Freiheitsrechte und insbesondere auch die Freiheit der gewerblichen Arbeit subjektive Rechte seien. Die übrigen sprechen meist von dem „droit de la liberté du commerce et de l'industrie", dem „droit de travailler librement" usw., ohne den subjektiven Rechtscharakter näher zu begründen, und stellen dieses Recht anderen Rechten, z. B. dem Eigentum, an die Seite. Vgl. Ducrocq, Cours de droit adm., 7. Aufl., III, 477 ff., und namentlich 574, II, 31 usw.; Enou, Traité théorique et pratique de droit adm. I, 14; Berthélemy, Traité élementaire de droit adm., 325 u. a. Mit Energie treten auch für den Charakter der Freiheitsrechte als subjektiver Rechte ein: Morelli, „Che cosa sono le libertà civili" im Archivio giuridico LXII (nuova serie, III), Modena 1899, 47 ff., Romano a. a. O. 159 ff. und Ranelletti, „La polizia di sicurezza" im Primo trattato completo di diritto amministrativo, Milano 1904, IV, 1. Teil, bes. 229 ff.

[104]) Vgl. zu derselben auch Otto Mayer im Archiv f. öfftl. R. IX, 280 ff. und Tezner in Grünhuts Ztschr. XXI, 134.

[105]) System der subj. öfftl. Rechte, 87.

[106]) a. a. O. 101 ff., bes. 104 und 110, Anm. 1.

[107]) a. a. O. 105, 106.

lichen Rechtes in individuellem Interesse in Bewegung zu setzen“ [108]), es liegt also nach seiner eigenen Definition [109]) ein subjektives Recht vor [109a]).

Die Auffassung der an erster Stelle genannten Autoren gipfelt in dem Satz, daß die Freiheitsrechte deswegen keine subjektiven Rechte seien, weil sie keinen Inhalt, kein Objekt haben. Dies trifft, wenn man vom Rechtsschutzanspruch gänzlich absieht, im allgemeinen dann zu, wenn man als mögliches Objekt von Rechten nur ein Tun, ein facere, nicht auch ein Unterlassen, ein non facere, betrachtet [110]). Zu einer solchen Einschränkung des Begriffes fehlt aber der innere Grund. Die Verwaltungsbehörde ist mit zahlreichen Aufgaben betraut, zu deren Erfüllung sie die Mittel und Wege ganz oder teilweise nach freiem Ermessen wählen kann. Hiebei wäre häufig der kürzeste und bequemste Weg die Verletzung der Freiheitssphäre des Individuums. Daß sie diese unangetastet läßt, kann oft viel wichtiger und wertvoller sein und dem Staate viel mehr Aufwand an Arbeitskraft und Kosten verursachen, als irgendeine positive Leistung an das Individuum. Der Inhalt des Gewerberechtes ist eben nicht, wie Laband [111]) es der hier vertretenen Ansicht imputieren möchte, der, beim Gewerbebetrieb keiner Konzession zu bedürfen, sondern der, von der Behörde die Nichtverletzung eines bestimmten Interessenkreises verlangen zu dürfen. Überdies sind die Ansprüche auf Schutz der individuellen Freiheitssphäre und auf Beseitigung der bereits erfolgten Störung gewiß Ansprüche auf ein positives Tun der Behörde [112]). Die Auffassung, daß die gewerbliche Tätigkeit nicht Ausübung eines subjektiven Rechtes sei, führt auch zu Konsequenzen, welche dem geltenden Rechte nicht entsprechen. So beweist Seydel [113]), daß die Befugnis zum Gewerbebetriebe, da sie sich auf kein Recht stützt, unverzichtbar sein müsse, „denn es würde an einem Gegenstande des Verzichtes fehlen“. Ebenso erklärt Jellinek [114]) den negativen Status für absolut unverzichtbar. So-

[108]) a. a. O. 127.

[109]) a. a. O. 51.

[109a]) a. a. O. 344 Anm. 1 zieht er diese Konsequenz ausdrücklich und im Gegensatz zu Otto Mayer.

[110]) Vgl. auch Georg Meyer, Staatsrecht, 800, Anm. 3.

[111]) a. a. O. I, 138, Anm. 2.

[112]) Vgl. auch Tezner, a. a. O. 135 ff.

[113]) Gewerbepolizeirecht, 69, 70.

[114]) a. a. O. 340.

mit hätte § 144 der österreichischen Gewerbenovelle von 1907[115]), der im Gegensatz zum bisherigen Recht den Verzicht ausdrücklich anerkennt, die Gewerbebefugnis aus einer bloßen Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu einem subjektiven Recht umgewandelt.

Den genannten Schwierigkeiten entgeht Jellinek zum Teile durch die Auffassung, daß es zwar kein Recht zum Gewerbebetriebe, wohl aber ein Recht auf Anerkennung der Freiheit zum Gewerbebetrieb und auf Unterlassung und Beseitigung von Störungen gibt. Das subjektive Recht muß also nach seiner Ansicht erst mit der Verweigerung der Anerkennung oder mit der Störung entstehen „sowie das dingliche Recht zu einem solchen wird auch durch den Anspruch des Berechtigten gegen andere auf Nichtstörung[116]).

Eine derartige Terminologie, wie Jellinek sie wählt, mag man immerhin vorziehen; der Sache nach ist das subjektive Recht in seinem ganzen Inhalte anerkannt. Hauriou, welcher die Freiheitsrechte gleicherweise als Statusrechte bezeichnet[117]) und den Standpunkt Jellineks teilt[118]), betont ihren Charakter als subjektiver Rechte, insbesondere auch jenen der liberté du travail et de l'industrie, nachdrücklichst[119]). Allerdings seien sie mehr potenzieller als aktueller Natur[120]), und er führt ähnlich wie Jellinek aus: „C'est ne que dans leur état virtuel que les droits individuels constituent un pur statut, une fois exercés et devenus des droits acquis ils prennent un contenu positif qui est un certain pouvoir réel et actuel."[121]) Aber ob man die Freiheit zum Gewerbebetrieb schlechthin als subjektives Recht bezeichnen will, oder mit den beiden genannten Schriftstellern als status negativus, der erst im Falle der Verletzung Rechte erzeugt, ist an sich gleichgültig[122]). Ebenso könnte man das Eigentum einen status possessionis nennen, der erst im Falle der Verletzung Rechte auf Anerkennung usw. erzeugt; denn zweifellos macht derjenige, der etwa seinen eigenen Apfel verzehrt, bloß von

---

[115]) Ges. v. 5. Februar 1907, R. G. B. Nr. 26.
[116]) a. a. O. 105. Ähnl. Otto Mayer, a. a. O. I, 113, Anm. 19 u. a.
[117]) Précis de droit administratif et de droit public, 6. Aufl., 317.
[118]) a. a. O., Anm. 1, Abs. 1.
[119]) a. a. O. 316.
[120]) a. a. O. 317, Anm. 1, Abs. 2.
[121]) a. a. O. Abs. 3, ähnlich Morelli a. a. O. 49.
[122]) Vgl. auch G. Meyer, Staatsrecht, 34, Anm. 6.

seiner natürlichen Handlungsfreiheit Gebrauch. Was hat es aber für einen Wert, eine Ausdrucksweise zu wählen, welche mit dem Sprachgebrauch [123]) und mit jener der Gesetze im Widerspruch steht? [123a]) Nun spricht die deutsche wie die österreichische Gewerbeordnung an zahlreichen Stellen [124]) von der „Berechtigung" zum Gewerbebetrieb. Wenn, wie in Österreich, die Verletzung eines subjektiven Rechtes Voraussetzung für die Kompetenz eines Verwaltungsgerichtes ist, dann könnte jene Terminologie sogar schädlich wirken. Wie könnte jemand behaupten, „in seinen Rechten verletzt zu sein" (§ 2 des Ges. über den Verwaltungsgerichtshof), wenn das Recht erst mit der Verletzung entstünde? [125])

Diese Überlegungen drängen dazu, die erlaubte gewerbliche Tätigkeit als Ausübung eines subjektiven Rechtes zu betrachten. Im folgenden soll nun kurz der Versuch gemacht werden, diese Ansicht positiv zu begründen.

Ein subjektives Recht liegt dann vor, wenn die Rechtsordnung einen menschlichen Zweck, ein menschliches Interesse durch Anerkennung einer Willensmacht schützt [126]).

a) Es muß ein Interesse des Berechtigten, hier also ein Individualinteresse, geschützt sein. Dieses Interesse ist ein wesentliches Kriterium des Rechtes; hört es auf, so erlischt auch das subjektive Recht. Die angeführten Sätze hat der Verwaltungsgerichtshof kürzlich in einem sehr erwähnenswerten Judikat [127]) ausdrücklich anerkannt. Die Gewerbebehörde hatte dem Besitzer einer Ziegelei Vorkehrungen zum Schutze einer angrenzenden Grundparzelle aufgetragen. Diese Verfügung war rechtskräftig geworden, blieb jedoch unausgeführt. Drei Jahre später wurde jener Auftrag wiederholt. Diese neuerliche Verfügung hielt das Handelsministerium im Instanzenzuge aufrecht, weil der Anrainer, zu dessen Gunsten jene Sicherheits-

---

[123]) Vgl. Beudant, Le droit individuel et l'état 21, 22; Sherman im Department of labor bulletin des Staates New York, Nr. 34, 336.

[123a]) Gegen die Terminologie Jellineks bes. Romano a. a. O. 116 Anm. 2.

[124]) Z. B. §§ 1, Abs. 2, 9, Abs. 1, 10, Abs. 1 u. 2 R. G. O., §§ 11, 16, 18, Abs. 1 G. O. usw.

[125]) Vgl. auch Loening, Lehrbuch des deutschen Verw.-R. 13.

[126]) Bernatzik, im Archiv f. öfftl. R. V, 263; Jellinek, a. a. O. 43, 44. Romano a. a. O. 123. Vgl auch Morelli a. a. O. 53 Anm. 1.

[127]) E. v. 6. Dez. 1906, Z. 13033, B. 4823 A.

vorkehrungen angeordnet worden waren, auf deren Ausführungen ein individuelles Recht erworben habe. Der Ziegeleibesitzer machte in seiner Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshofe geltend, ein derartiges subjektives Recht des Anrainers bestehe nicht; überdies seien infolge geänderter Verhältnisse die vorgeschriebenen Sicherheitsvorkehrungen nicht mehr nötig. Diese letztere Behauptung hatte schon im Administrativverfahren der einvernommene Staatstechniker bestätigt. Der Verwaltungsgerichtshof führt nun in seiner Entscheidung aus: „Wenn in der Beschwerde der Standpunkt vertreten werden will, daß aus gewerbepolizeilichen, in bezug auf gewerbliche Betriebsanlagen erlassenen, rechtskräftig gewordenen Anordnungen Anrainern niemals subjektive Rechte auf Aufrechthaltung solcher Anordnungen erwachsen, so konnte der V. G. H. diese Auffassung nicht als begründet ansehen. Denn, wenn derartige Anordnungen zum Schutze des Individualinteresses des Anrainers erlassen wurden, stellen sie sich als eine Anerkennung dieses Interesses und als eine Gewährung des Schutzes für dasselbe durch Aufstellung einer den Betriebsinhaber bindenden Norm dar, auf deren Einhaltung dann eben auch dem Anrainer, da es sich hiebei um den Schutz seiner subjektiven Interessen handelt, ein subjektiver Anspruch zugestanden werden muß. Andrerseits aber konnte der V. G. H. auch die Rechtsanschauung der belangten Behörde, daß die Zurücknahme einer solchen Anordnung im Hinblicke auf das subjektive Recht des Anrainers nur dann zulässig sei, wenn öffentliche Interessen oder technische Bedenken der Durchführung im Wege stehen, nicht als zutreffend bezeichnen. Wie schon bemerkt, handelt es sich um sicherheitspolizeiliche Anordnungen zum Schutze eines Individualinteresses, und da die Anerkennung eines solchen Interesses auf Grund eines bestimmten Tatbestandes und für die Dauer des Vorhandenseins desselben erfolgt, so kann auch von einem subjektiven Rechte auf Aufrechterhaltung der Anordnung dann nicht mehr die Rede sein, wenn eine Änderung der früheren Verhältnisse eingetreten ist und infolgedessen das Interesse des Anrainers nicht mehr besteht."

b) Das Interesse muß durch eine Willensmacht des Individuums geschützt sein. Diese Willensmacht besteht in der dem Individuum gewährten Fähigkeit, „Rechtsnormen in seinem

individuellen Interesse in Bewegung zu setzen“ [128]). Das heißt die Rechtsordnung gibt dem Individuum die Macht, ein bestimmtes Verhalten von der Behörde zu verlangen und statuiert eine diesem Anspruch entsprechende „obligation de l'administration“ [129]). Wann gewährt nun die Rechtsordnung eine derartige Willensherrschaft? Zweifellos in jenen Fällen, in welchen die Rechtsbeschwerde offen steht [130]). Allein abgesehen davon, daß dieses Kriterium nach österreichischem Rechte wegen der Fassung des § 2 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof versagt, gibt es auch subjektive Rechte, welche durch keine Rechtsbeschwerde geschützt sind [131]). In diesen Fällen muß ebenso eine Willensmacht des Individuums anerkannt sein. Eine solche gewährt, wie ich glaube, die Rechtsordnung schon dadurch, daß sie dem Beteiligten zur Geltendmachung und zum Schutze seines materiell rechtlichen Anspruches prozessuale Rechte im Verwaltungsverfahren einräumt. Sie bilden nicht minder ein „formelles Kriterium“ [132]) des subjektiven Rechtes wie die Rechtsbeschwerde, sie verleihen dem Individuum jene Dispositionsmöglichkeit [133]), welche dem subjektiven Rechte wesentlich ist. Freilich können sie auch dort gegeben sein, wo die Behörde nach freiem Ermessen vorgehen darf. Dann ist ein subjektives Recht, ein materieller Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde, begrifflich ausgeschlossen. Wer mit prozessualen Rechten ausgestattet ist, kann vermittels derselben eine Berücksichtigung seines Interesses nur erreichen, wenn und weil es sich mit dem öffentlichen Interesse deckt; er macht kein droit lésé, sondern ein interêt froissé, kein Recht, sondern ein „rechtliches Interesse“ [133 a]) geltend. Derartige formelle Rechte können ferner einem Individuum auch gegeben sein, ohne daß ihr Zweck Schutz von Individualinteressen wäre. Auch dann wären sie nicht Kriterium eines materiellen subjektiven Rechtes, sondern hätten vielmehr die Funktion einer actio popularis. Wo aber ein Individualinteresse dadurch geschützt ist, daß die

---

[128]) Jellinek, a. a. O. 51, 79.

[129]) Laferrière, droit public et admin. II, 538.

[130]) Jellinek, a. a. O. 106.

[131]) Jellinek, a. a. O. 358; Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 173, Anm. 23 u. a.

[132]) Jellinek, a. a. O. 70.

[133]) Bernatzik im Archiv f. öfftl. R. V, 234.

[133 a]) Bernatzik, Rechtsprechung 186.

Behörde vom Gesetz verpflichtet wird, gegenüber jenem Interesse ein bestimmtes Verhalten zu beobachten, dort ist die Einräumung von formellen Rechten zum Zwecke der Geltendmachung jener behördlichen Pflicht die Gewährung eines subjektiven Rechtes.

Wenn hier von formellen Rechten die Rede ist, so ist damit nicht der Rechtsschutzanspruch[134]), der Anspruch auf ein Verfahren mit einem für den Berechtigten günstigen Ergebnis gemeint. Denn ein solcher besteht im allgemeinen nur dort, wo ein materielles Recht vorhanden ist[135]). Es wäre ein circulus vitiosus, wollte man eines auf das andere zurückführen. Unter formellen Rechten ist aber auch nicht die lediglich durch den Reflex des objektiven Rechtes gebotene Möglichkeit gemeint, ein schutzbedürftiges Interesse zur Kenntnis der Behörde zu bringen. (Petitionsrecht, Interessenbeschwerde[136]). Es muß vielmehr das Interesse, welches objektiv durch die gesetzliche Pflicht der Behörde geschützt ist, subjektiv dadurch verbürgt sein, daß die Partei schon durch die Behauptung dieses Interesses den Anspruch erwirkt, bei der Feststellung des rechtsschutzbedürftigen Tatbestandes mitzuwirken und bei seiner Beurteilung gehört zu werden[137]).

Welches nun im einzelnen jene formellen Befugnisse sind, welche zur Gewährung einer solchen Willensmacht hinreichen, daß man das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes annehmen kann, hängt von der Regelung des Verwaltungsverfahrens ab[138]). Wesentlich ist jedenfalls der Anspruch auf rechtliches Gehör[139]). Hingegen ist es nicht nötig, daß die Verwaltungsbeschwerde offen steht. Denn die Behörde tritt, auch wenn

---

[134]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I, 19 ff., und in Grünhuts Ztschr. VI, 550 ff.; R. Pollak, System des österr. Zivilprozeßrechtes I, 2; Richard Schmidt, Prozeßrecht und Staatsrecht, 8 ff. u. a.

[135]) Allerdings sind auch im öffentlichen Rechte im Verhältnis zwischen Staat und unterworfenen Rechtssubjekten trotz der Identität des Rechtsschutz Gewährenden mit dem Verpflichteten (Jellinek, a. a. O. 67) Fälle denkbar, in welchen Rechtsschutzansprüche ohne zugrundeliegendes materielles Recht bestehen und umgekehrt.

[136]) Jellinek, a. a. O. 130, 131.

[137]) Die sog. Vernehmlassung; vgl. Bernatzik, Rechtsprechung, 65.

[138]) S. über dieselben Bernatzik, a. a. O. 186, Anm. 9; vgl. auch Otto Mayer, Verw.-R. I, 197.

[139]) S. darüber Tezner, a. a. O. 122 u. a.

sie in Instanzen gegliedert ist, dem einzelnen als einheitliches Ganzes gegenüber[140]). Die Oberbehörde übt nicht etwa eine Rechtsprechung über Rechtsverletzungen der Unterbehörde aus[141]), sondern die rechtliche Natur der behördlichen Tätigkeit und der ihr gegenüber bestehenden Ansprüche bleibt dieselbe, ob mehrere Instanzen nacheinander oder ob ein Ministerium oder etwa eine Bezirkshauptmannschaft allein als erste und letzte Instanz fungiert hat. Wo jedoch positivrechtlich eine Verwaltungsbeschwerde eingeräumt ist, kann daraus a maiori ad minus geschlossen werden, daß auch jene Parteienrechte gewährt sind, welche ein Kriterium des subjektiven Rechtes sind. Denn es hätte keinen Sinn, jemandem ein Beschwerderecht, d. h. einen Anspruch auf Gehör in der Oberinstanz zu geben, wenn er diesen Anspruch in der unteren Instanz nicht hatte.

Es bleiben nun noch jene Fälle zu erörtern übrig, in welchen Parteibefugnisse weder verliehen noch entzogen sind, so daß jedes formelle Kriterium fehlt. Erst hier wird man auf das „materielle Kriterium“[142]), nämlich das von der Rechtsordnung anerkannte Individualinteresse zurückgreifen. Dieses ist ja der Grund, warum die Rechtsordnung Parteibefugnisse gewährt. Wo sie die Rechte im Verfahren nicht regelt, sind jedenfalls alle jene nicht zum Auftreten als Partei legitimiert, die kein Interesse dartun können[143]). Nur jene haben vielmehr Parteienrechte und damit ein materielles subjektives Recht, deren Interesse intensiv genug ist, daß man im Geiste des Gesetzes annehmen muß, der Gesetzgeber wollte ihnen eben jene Willensmacht über die Behörde zusichern, welche das Wesen des subjektiven Rechtes bildet.

III. Es soll nun untersucht werden, ob die Kriterien des subjektiven Rechtes bei der Befugnis zum Gewerbebetriebe nach österreichischem Rechte vorhanden sind:

1. Das Vorhandensein des Interesses des Gewerbsinhabers an seinem Betrieb bedarf keiner näheren Ausführung.

---

[140]) Vgl. Ducrocq, a. a. O. I, 78; Otto Mayer, Theorie des franz. Verw.-R., 134, 135; Laband, a. a. O. II, 222; Bernatzik, a. a. O. 45; Tezner, a. a. O. 233.

[141]) Ducrocq, a. a. O. II, 192.

[142]) Jellinek, a. a. O. 70.

[143]) Vgl. Ulbrich, Handbuch der öst. polit. Verwaltg., I, 477. Ein interessantes Beispiel bietet V. G. H. v. 18. Dez. 1902, Z. 10943, B. 1415 A.

2. Die Behörde ist gesetzlich verpflichtet, den Gewerbebetrieb nicht zu stören, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Dies folgt aus den §§ 11 und 22 G. O., wonach auf Grund der erfolgten Anmeldung, bzw. erlangten Konzession das Gewerbe betrieben werden darf. Eingriffe der Behörde nach freiem Ermessen sind also ausgeschlossen. Auch folgt aus der vom Gesetze vorgenommenen Aufzählung der Entziehungsgründe a contrario, daß die Entziehung eines gültig und ohne Mangel des Erwerbsaktes begründeten Gewerberechtes aus anderen Anlässen, insbesondere nach freiem Ermessen, nicht zulässig ist.

3. Die formellen Befugnisse, welche die gewerbliche Tätigkeit gegen Übergriffe der Behörde schützen, sind in der Gewerbeordnung nur sehr mangelhaft geregelt. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist auch bei den einschneidendsten Eingriffen (§§ 13, Abs. 2, 57, 152 u. a.) der Behörde nicht ausdrücklich zur Pflicht gemacht. Sie ist eben selbstverständlich[144]). Die Behörde hat den Tatbestand von Amts wegen zu ermitteln[145]); ergibt sich, daß er für die Partei ungünstig ist, so hat sie der Partei Gelegenheit zur Gegenäußerung zu geben. Mit Recht hat der Verwaltungsgerichtshof erklärt, daß Entscheidungen, bei welchen dies unterlassen wurde, wegen eines wesentlichen Mangels des Verfahrens aufzuheben seien[146]). Auch im übrigen sind die Vorschriften über das Verfahren sehr spärlich. § 141, Abs. 6, schreibt in Fällen unbefugter Ausübung von Gewerben die Zuziehung eines Genossenschaftsmitgliedes vor, wenn zur Feststellung des Tatbestandes ein Augenschein vorgenommen wird. Gemäß § 146, Abs. 1, sind die Entscheidungen samt Gründen den „Parteien" bekanntzugeben und ist diesen die Verwaltungsbeschwerde eingeräumt. Daß „Partei" im Sinne dieser Gesetzesstelle sicherlich in allen Fällen eines Eingriffes in den Gewerbebetrieb der Inhaber ist, kann wohl nicht bezweifelt werden. Er hat daher auch Anspruch auf Rechtsmittelbelehrung nach § 3, Abs. 2 des Ges. v. 12. Mai 1896, R. G. B. Nr. 101. Unterbleibt dieselbe, so ist die mit diesem Mangel behaftete Entscheidung (z. B. Untersagung des unbefugten Gewerbebetriebes, Konzessionsverweigerung usw.) nach

[144]) Vgl. Gumplowicz, Das öst. Staatsrecht, 3. Aufl., 205; Mayrhofer, Handbuch f. d. polit. Verwaltungsdienst, I, 1157.

[145]) § 13 Abs. 1; V. G. H. v. 26. Nov. 1903, Z. 12201, B. 2162 A, Heller, Das österr. Gewerberecht 197 ff.

[146]) E. v. 18. Okt. 1893, Z. 3448, B. 7457.

der ständigen Praxis des Verwaltungsgerichtshofes gleichfalls wegen mangelhaften Verfahrens aufzuheben[147]).

So spärlich die gesetzlichen Vorschriften über die Stellung der Partei im Verfahren auch sind, so geht doch aus ihnen hervor, daß das Gesetz dem Gewerbsinhaber jene Willensherrschaft einräumen wollte, welche oben als subjektives Recht bezeichnet wurde. Die Norm des §. 146, Abs. 1, welche das Recht der Verwaltungsbeschwerde gibt, würde nach dem früher Gesagten für sich allein hinreichen, um diesen Schluß zu rechtfertigen. Die erwähnten Sätze finden auch dann Anwendung, wenn der Inhaber das Gewerbe durch einen Stellvertreter oder Pächter betreibt. Eine andere Frage ist die, ob auch diesen letzteren, soweit die Pflicht der Behörde, den Gewerbebetrieb nicht zu stören, auch ihnen zustatten kommt, ein subjektives Recht neben dem des Inhabers zusteht. Da die Gewerbeordnung keine Verfügung darüber enthält, und auch keinen Anhaltspunkt dafür bietet, ob und wann jenen Parteienstellung zukommt, ist hier auf das materielle Kriterium, das rechtlich anerkannte Interesse, zurückzugreifen. Gewiß ist auch der Stellvertreter an der Eröffnung und dem ungestörten Fortgange des Betriebes interessiert; allein nicht weniger sind es alle anderen im Gewerbe Angestellten. Der letzte Hilfsarbeiter wird durch das Aufhören des Betriebes ebenso brotlos wie der oberste Leiter der Unternehmung, und doch wird niemand behaupten, daß den Hilfsarbeitern ein subjektives Recht oder Parteienrechte zustehen. Das Interesse ist nicht intensiv genug, um eine Anerkennung der Willensmacht des Individuums durch das objektive Recht zu bewirken.

Entschieden intensiver ist im allgemeinen der Pächter beteiligt, und de lege ferenda wäre es wohl zu erwägen, ob ihm nicht subjektive Ansprüche zuzuerkennen wären. De lege lata kann aber davon keine Rede sein. Denn das Gesetz stellt Pächter und Stellvertreter einander in jeder Beziehung gleich, wovon weiter unten nochmals die Rede sein soll. Wollte man dem Pächter ein subjektives Recht zuerkennen, so könnte man es auch dem Stellvertreter und folglich ebenso jedem Hilfsarbeiter nicht absprechen. Dies ist offenbar nicht Absicht des Gesetzgebers. Daher redet dieser nicht von einer Berechtigung

---

[147]) E. v. 10. Sept. 1900, Z. 6747 ex 1899, B. 14481, vom selben Tage Z. 6749 ex 1899, B. 14482, v. 28. März 1901, Z. 2394, B. 220 A.

des Stellvertreters und Pächters, sondern nur davon, daß der Inhaber sein Recht durch diese Personen ausübt (§§ 55, Abs. 2, 3 u. a.)[148]). Auch stellt er im § 137 der „Entziehung der Gewerbeberechtigung" des Inhabers die „Beseitigung des Stellvertreters oder Pächters" gegenüber.

Es ist also nach Auffassung des Gesetzgebers das Interesse des Pächters und Stellvertreters genügend durch die ihm gegen den Inhaber zustehenden Privatansprüche, durch das Recht des Gewerbsinhabers und durch den Reflex des objektiven Rechtes geschützt; subjektive öffentliche Rechte kommen ihm keine zu.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausdrücklich anerkannt[149]), daß der Pächter durch die Genehmhaltung als solcher keine selbständige und unabhängige Gewerbsberechtigung erlange. Allerdings ist in derselben Entscheidung vom „Recht zur pachtweisen Ausübung des Gewerbes" die Rede, allein hiemit ist das dem Pächter gegen den Inhaber zustehende Privatrecht gemeint. Der Pächter und der Stellvertreter haben eben nach geltendem Rechte nur gegenüber dem Gewerbsinhaber, nicht aber gegenüber der Behörde den Anspruch auf ungestörte Ausübung des Gewerbes. Sie haben auch im Verfahren behufs Erlangung der Stellung eines Stellvertreters oder Pächters keine Parteienrechte (vgl. § 55, Abs. 2, wonach bei ihrer Bestellung der Inhaber die Anzeige zu machen, bzw. die Genehmigung einzuholen hat)[150]).

Wir gelangen somit zu dem Schlusse, daß der Inhaber, und nur dieser, Subjekt des subjektiven öffentlichen Rechtes zum Gewerbebetrieb ist. Dies ist auch der einhellige Standpunkt der Praxis. Ein näherer Hinweis auf die zahlreichen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes und der Verwaltungsbehörden ist wohl überflüssig. Auch die österreichische Literatur spricht durchwegs von subjektiven Gewerberechten[151]), und zwar in diesem Sinne.

---

[148]) Ebenso § 45 R. G. O., § 44 U. G. G.

[149]) E. v. 6. Apr. 1894, Z. 1395, B. 7821. Vgl. auch V. G. H. v. 14. Nov. 1883 Z. 2246 B. 1908.

[150]) V. G. H. v. 5. Okt. 1894, Z. 3610, B. 8072.

[151]) Bernatzik, Rechtsprechung, 185; Brosche in Gellers Zentralblatt XIX, 291, und Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 11; Mataja, Grundriß des Gewerberechtes, 15, 16; Seltsam, System des österr. Gewerberechtes 23, 58; Komorzynski im Öst. Staatswörterbuch von Mischler u. Ulbrich, 2. Aufl., II, 627 ff. Die Berechtigung zur Führung

Die Erkenntnis, daß die Befugnis zum Gewerbebetrieb ein subjektives Recht sei, hat nicht bloß theoretischen, sondern auch praktischen Wert[152]). Denn zahlreiche geltende Gesetze operieren mit dem Begriff des subjektiven Rechtes und knüpfen Folgen an das Vorhandensein eines solchen. Der wichtigste Fall ist der des § 2 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof. Danach ist dieser Gerichtshof zuständig, wenn jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung „in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet". Nach Labands und Seydels Ansicht müßte er konsequenterweise zur Entscheidung von Beschwerden über angeblich ungerechtfertigte behördliche Eingriffe in die gewerbliche Tätigkeit nicht zuständig sein, was gewiß weder Absicht des Gesetzgebers war noch de lege ferenda zu billigen wäre. Auch wenn man mit Jellinek und Otto Mayer annähme, daß der gesetzwidrige Eingriff ein „Recht auf Zurücknahme der Verfügung" begründe, so beruhte die Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes auf einer Auslegung, welche dem Gesetzestext Gewalt antäte. Denn, wie schon einmal bemerkt wurde, niemand könnte behaupten, in seinen Rechten verletzt zu sein, wenn das Recht erst durch die Verletzung entstünde.

Noch wichtiger dürfte der Begriff des subjektiven Rechtes werden, wenn die Gesetzgebung beginnen wird, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, soweit es möglich ist[153]), ebenso einheitlich und systematisch vorzugehen, wie sie es im Privatrecht schon längst getan hat. Namentlich eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens wird mit jenem Begriffe operieren müssen (man vergleiche beispielsweise die seinerzeit von Lemayer vorgeschlagene Einteilung des Verfahrens in ein Verwaltungsverfahren und ein Verwaltungsrechtsverfahren). Auch eine Normierung der Entschädigungsansprüche gegen den

---

der Bezeichnung „k. k. priv." und des kaiserl. Adlers, 14, und Jur. Bl. XXXVI (1907), 363; Kulisch, System des öst. Gewerberechtes, I, 234 und 257, Anm. 1; Heller, Das öst. Gewerberecht, 12 u. a. Auch Gumplowicz, Das öst. Staatsrecht, 3. Aufl., 487, Anm. 27, spricht von einem „Betriebsrecht". Über die Ansicht Layers vgl. unten im III. Abschnitt unter IV A.

[152]) A. M. Tezner in Grünhuts Zeitschr. XXI, 134.

[153]) Vgl. auch Gumplowicz, Das öst. Staatsrecht, 3. Aufl., 200, 201; Ducrocq, Vorrede zur 7. Aufl. des Cours de droit administratif, S. VII ff.

Staat, bzw. dessen Beamten wegen Rechtsverletzungen durch die letzteren wird sich nicht ganz gleichgültig dagegen verhalten können, ob Rechte oder bloße Interessen tangiert worden sind. Endlich wird, um nur noch eines hervorzuheben, auch ein künftiges allgemeines Expropriationsgesetz den Begriff des subjektiven Gewerberechtes nicht umgehen können.

II. Das Subjekt des Gewerberechtes.

A. Begriff.

I. Subjekt des Gewerbebetriebes sind je nach der Betrachtungsweise verschiedene Personen:

1. Im wirtschaftlichen Sinn ist es derjenige, auf dessen Rechnung das Unternehmen geführt wird, der also Gewinn und Verlust trägt.

2. Privatrechtlich ist Subjekt eines Gewerbes, in wessen Namen es betrieben wird, d. h. wer aus den zu Zwecken der Unternehmung geschlossenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird.

3. Im technischen, bzw. kaufmännischen Sinne ist Gewerbetreibender jener, welcher ein Unternehmen durch eigene, unabhängige Willensentschlüsse leitet, sei es persönlich, sei es durch von ihm abhängige Organe.

Die Gewerbeordnung stellt den Begriff des „Gewerbeinhabers" oder „selbständigen Gewerbetreibenden" auf, allerdings ohne an dieser Ausdrucksweise strenge festzuhalten. Es soll nun im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit die oben genannten Merkmale auf diesen Begriff Anwendung finden.

1. Wenn der Unternehmer im wirtschaftlichen Sinn eine vom privatrechtlichen Subjekt des Gewerbebetriebes und vom Leiter desselben verschiedene Person ist, so steht er juristisch mit dem Unternehmen nur in einer losen, durch vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte vermittelten Beziehung, welche für das öffentliche Recht sicherlich von keiner Bedeutung ist. Die Eigenschaft als wirtschaftlicher Unternehmer ist daher für den Begriff des Gewerbeinhabers nicht wesentlich[1]). Trotzdem

[1]) Seydel, Gewerbepolizeirecht, 12. Vgl. auch die Motive zu § 59 der Gewerbeordnung von 1859, dem jetzigen § 55, mitgeteilt bei Pisko. Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 109.

wird dies vielfach behauptet[2]). Veranlassung hiezu bietet wohl hauptsächlich die ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes („für Rechnung" in § 2, Abs. 2, und § 56, Abs. 4 und 5)[3]). Selbst der Verwaltungsgerichtshof unterscheidet häufig nicht scharf wirtschaftliche und privatrechtliche Momente von öffentlich rechtlichen, so in der Entscheidung vom 8. Jänner 1897, Z. 109, B. 10.256. Ungenau bezeichnet er auch in der Entscheidung vom 22. Februar 1902, Z. 1772, B. 868 A den Stellvertreter als eine Person, welche das Gewerbe eines Dritten für Rechnung (richtig wäre m. E. im Namen) dieses letzteren betreibt. Ebenso spricht er in der Entscheidung vom 7. Februar 1906, Z. 1510, B. 4150 A[4]), von dem Pächter als einem Stellvertreter, der auf eigene Rechnung das Gewerbe des Inhabers betreibt. Nicht darin liegt der Unterschied zwischen Pächter und Stellvertreter, daß der erstere auf eigene, der letztere auf fremde Rechnung, sondern darin, daß der Pächter im eigenen Namen, der Stellvertreter aber im fremden Namen ein fremdes Gewerberecht ausübt. Andrerseits hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt entschieden, daß der Gewerbetreibende sich mit fremden Kapitals- und Arbeitskräften gegen einen Anteil an Gewinn und Verlust verbinden könne, ohne daß ein neues Inhaberrecht begründet werde[5]). Es ist daher ein Verhältnis der colonia a metà (§ 1103 a. b. G. B.) zwischen dem Inhaber und demjenigen, der dessen Gewerberecht ausübt,

---

[2]) So bezeichnen Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXXIV, 24, und im Anschlusse hieran Heilinger, Öst. Gewerberecht I, 67, Anm. 1, und Seltsam und Posselt, Die öst. Gewerbeordnung, 55, als selbständigen Gewerbetreibenden, d. h. als Inhaber jenen, welcher auf eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit ein Gewerbe betreibt. Gegen diese Definition insbesondere Seydel, a. a. O. Anm. 7. Auch Stubenrauch, Handbuch des neuen öst. Gewerberechtes, 118, bezeichnet als Stellvertreter jenen, welcher das Gewerbe auf Rechnung und Gefahr des Inhabers, und 119 als Pächter jenen, welcher es auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt.

[3]) Vgl. zu § 2, Abs. 2, Mataja, Grundriß des Gewerberechtes 17. Auch § 48 R. G. O. wählt diese Ausdrucksweise.

[4]) Ähnlich Mataja, a. a. O. 45, obwohl er es S. 17 für gewerberechtlich irrelevant erklärt, wem Gewinn und Verlust zufallen. Vgl. auch Kulisch, System des österr. Gewerberechtes I, 195.

[5]) So in den Entsch. v. 17. Nov. 1898, Z. 6091, B. 12163 u. v. 6. Apr. 1898, Z. 1822, B. 11596; im zweiten Falle hatte ein einzelner ein Gewerbe auf seinen Namen angemeldet, das er auf Rechnung und unter der Firma einer Handelsgesellschaft betrieb.

möglich, ohne daß der letztere dadurch zu einem Zwitterding zwischen Stellvertreter und Pächter würde. Solche Verhältnisse kommen in der Praxis häufig vor und es tauchen dann oft Zweifel auf, ob eine Verpachtung oder Stellvertretung vorliege [6]). Gewerbetreibende dieser Art sind im Sinne des öffentlichen Rechtes Pächter, wenn sie im eigenen, Stellvertreter, wenn sie im Namen des Inhabers das Gewerbe betreiben.

Ist nun eine quotenmäßige Beteilung an Gewinn und Verlust zulässig, ohne daß der so Beteiligte Subjekt des Gewerberechtes ist, so muß auch eine Vereinbarung zulässig sein, wonach der Inhaber, etwa gegen eine feste Entlohnung, sein Gewerbe ganz auf Rechnung eines anderen betreiben soll [7]). Die öffentlichrechtliche Stellung des Gewerbeinhabers wird dadurch in keiner Weise berührt. Der bloß wirtschaftlich Beteiligte darf keinen Einfluß auf jene Tätigkeit des Gewerbsinhabers nehmen, welche der gewerberechtlichen Regelung unterliegt, sonst würde er dadurch selbst zum unbefugten Gewerbetreibenden.

2. Sehr häufig wird, namentlich in der Praxis, als selbstständiger Gewerbetreibender, also als Subjekt des Gewerberechtes, jener bezeichnet, in dessen Namen das Gewerbe betrieben wird [8]). Wäre dies nach österreichischem Rechte richtig, so wäre der Pächter Gewerbsinhaber, was dem klaren Wortlaute des Gesetzes (§§ 55, Abs. 2, 106, Abs. 1, 107, Abs. 1) sowie dessen offenbaren Intentionen widerspricht. Denn die Gewerbeordnung und deren Novellen stellen Stellvertreter und Pächter durchaus gleich und in grundsätzlichen Gegensatz zum Gewerbetreibenden [9]). Auch der Verwaltungsgerichtshof spricht

[6]) Beispiele derartiger colonia a metà-Pächter sind die in V. G. H. v. 24. Okt. 1901, Z. 7870, B. 584 A, und v. 22. Febr. 1902, Z. 1772, B. 868 A, erwähnten „Stellvertreter" beim Prager Bierschankgewerbe, welche das Gewerbe vollkommen selbständig und unabhängig betreiben und dem Inhaber einen bestimmten Betrag vom Hektoliter Bier zahlen.

[7]) So auch Mataja, a. a. O. 16.

[8]) Für das deutsche Recht ist diese Ansicht die herrschende. Vgl. statt vieler Seydel, a. a. O. und Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession 20. Für das österr. Recht wird sie insb. v. Kulisch, a. a. O. I, 113 u. 194 vertreten.

[9]) Vgl. z. B. die §§ 2, Abs. 2, 3; 12, Abs. 2; 19, Abs. 3; 55, Abs. 1, 2, 4; 139 u. a.; dagegen spräche allenfalls die Fassung des § 91, doch ist dort „Stellvertreter" im uneigentlichen Sinne gebraucht. Ebenso in § 56, Abs. 7; vgl. Komorzynski im Österr. Staatswörterbuch v. Mischler-Ulbrich 2. Aufl., II, 642.

vom „selbständigen Gewerbetreibenden" als im Gegensatz zum Stellvertreter und Pächter[10]).

3. Verantwortlicher, unabhängiger Leiter des Betriebes im kaufmännisch technischen Sinne ist nicht bloß der Pächter, sondern auch der „Stellvertreter" der Gewerbeordnung. Es ergibt sich daher schon aus dem früher Gesagten, daß die persönliche Leitung des Betriebes nicht Merkmal des Gewerbsinhabers ist. Auch die mit der Leitung des Betriebes verbundene persönliche Verantwortlichkeit ist kein Kennzeichen des „selbständigen Gewerbebetriebes"[11]), denn auch der Stellvertreter und Pächter sind unbedingt verantwortlich (§ 137)[12]).

II. Eine materielle Bestimmung des Begriffes erscheint somit undurchführbar, er läßt sich nur rein formal definieren: Inhaber eines Gewerbes im Sinne der österreichischen Gewerbeordnung ist derjenige, auf dessen Namen es angemeldet ist[13]) oder die Konzessionsurkunde lautet, bei Realgewerben der Eigentümer[14]). Unrichtig wäre es hingegen, als Inhaber eines nichtkonzessionierten Gewerbes jenen zu bezeichnen, auf dessen Namen der Gewerbeschein lautet[15]), denn ein Gewerbeschein, der auf einen anderen Namen als den des Anmeldenden ausgestellt ist, wäre nichtig.

Nur ein Betrieb, der durch das Recht eines Gewerbsinhabers gedeckt ist, ist befugt (§ 132 a). Ein Stellvertreter oder Pächter könnte den Mangel eines selbständigen Inhabers nicht ersetzen[16]).

---

[10]) E. v. 23. Apr. 1892, Z. 2443, B. 6564, v. 6. Apr. 1894, Z. 1395, B. 7821 v. 6. Apr. 1898, Z. 1822, B. 11596 u. a. Die E. v. 24. Okt. 1901, Z. 7870, B. 584 A, bezeichnet allerdings den Pächter als „selbständigen" Unternehmer, während der Stellvertreter Hilfsarbeiter sein könne, aber hier ist „selbständig" in einem weiteren Sinn, im Gegensatz zum Hilfsarbeiter, gebraucht.

[11]) wie die oben in Anm. 2 erwähnten Schriftsteller behaupten.

[12]) Ebenso § 151 R. G. O.

[13]) V. G. H. v. 23. Apr. 1892, Z. 1316, B. 6564.

[14]) Ebenso definiert im wesentlichen Mataja, a. a. O. 15. Vgl. auch Seltsam, System des österr. Gewerberechtes, 14: Gewerbsinhaber im Gegensatz zum Unternehmer ist der, „welcher ein Gewerbe im Sinne eines positiven Gesetzes zur Ausübung bringt."

[15]) wie es Mataja, a. a. O. tut.

[16]) Kähler, Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb, 16.

B. Die Fähigkeit zum Gewerbebetrieb.

Nach österreichischem Gewerberecht ist eine dreifache persönliche Qualifikation zu unterscheiden:

1. Die Fähigkeit, Subjekt des Gewerberechtes, also Gewerbsinhaber zu sein, die gewerberechtliche Rechtsfähigkeit.

2. Die Fähigkeit, das Gewerberecht originär zu erwerben, die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit.

3. Die Fähigkeit, ein Gewerberecht persönlich auszuüben, sei es als Inhaber, Pächter oder Stellvertreter, die gewerbliche Handlungsfähigkeit.

1. Die gewerberechtliche Rechtsfähigkeit.

I. Die Rechtsfähigkeit wird von der Gewerbeordnung nicht geregelt. Zwar trägt das 2. Hauptstück die Überschrift: „Bedingungen des selbständigen Gewerbebetriebes;" allein wäre diese Überschrift korrekt, so müßte der Verlust einer der in diesem Hauptstück geregelten Fähigkeiten ipso iure den Verlust des Gewerberechtes zur Folge haben. Dies widerspricht jedoch dem Wortlaute der meisten Paragraphe dieses Hauptstückes, die bloß vom Antritte des Gewerbes sprechen, und der klaren Absicht des Gesetzgebers. Sonst müßten z. B. in dem Falle, daß ein bisher freies Gewerbe gemäß § 1, Abs. 4, zum handwerksmäßigen erklärt oder gemäß § 24, Abs. 1, an einen Befähigungsnachweis gebunden wird, sämtliche bisherigen Inhaber eines derartigen Gewerbes ihr Gewerbe*recht*, nicht etwa bloß die Befugnis zur persönlichen *Ausübung* desselben, verlieren, was gewiß nicht behauptet werden kann[17]). Ebensowenig beraubt eine Verurteilung im Sinne von § 5 oder der Verlust der Verläßlichkeit ipso iure des Inhaberrechtes, sonst wäre § 139 widersinnig, der diese Fälle zu Entziehungsgründen erklärt[18]).

Das zweite Hauptstück regelt also nicht die Fähigkeit, Gewerbsinhaber zu *sein*, sondern bloß die, es zu *werden*.

---

[17]) Vgl. auch § 15 des Ges. über die konzessionierten Baugewerbe v. 26. Dez. 1893, R. G. B. Nr. 193. Damit stimmt auch überein, daß der Motivenbericht der Regierungsvorlage zur Novelle von 1907, S. 5, sagt, § 14 e) finde auf Gesellschaften, welche ihr Gewerbe vor Beginn seiner Wirksamkeit angemeldet haben, keine Anwendung.

[18]) Darüber, daß die §§ 5 und 6 nur den *Antritt* des Gewerbes regeln, s. Heilinger im Archiv f. öfftl. Recht, X, 600.

Die gewerbliche Rechtsfähigkeit kann vielmehr nur nach den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsfähigkeit beurteilt werden.

II. Rechtsunfähig sind insbesondere:

1. Ausländer bei mangelndem Nachweis der Reziprozität (§ 33 a. b. G. B. und § 8, Abs. 1 G. O.). Eine Ausnahme bildet die förmliche Zulassung nach § 8, Abs. 2 G. O., welche uno actu Rechtsfähigkeit und Recht verleiht. Die Zulassung ersetzt zwar nach dem Wortlaute des Gesetzes bloß den Nachweis der formellen Reziprozität, nicht aber diese selbst. Danach müßte es, wenn nachträglich der Mangel der formellen Reziprozität konstatiert würde, zugleich feststehen, daß der Ausländer von Anfang an rechtsunfähig und der Erwerb des Rechtes nichtig war. Doch dies ist offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers; die Zulassung soll die formelle Reziprozität, nicht bloß deren Nachweis ersetzen.

2. Unerlaubte Assoziationen (§ 26 a. b. G. B.). Aber auch erlaubte Assoziationen mit selbständiger Persönlichkeit sind nur innerhalb ihres gesetzlichen und statutarischen Wirkungskreises rechtsfähig (§ 3, Abs. 2)[19]). Sie sind daher nur gewerberechtsfähig, wenn und soweit die gewerbliche Tätigkeit zu ihren gesetzlichen, bzw. statutenmäßigen Zwecken gehört[20]), [21]).

3. Auch alle jene erlaubten Organisationen, welchen die Rechtsordnung keinen einheitlichen Gesamtzweck und einheitlichen selbständigen Willen, somit keine juristische Persönlichkeit[22]) zuerkennt, also insbesondere alle Formen der Gesellschaft des bürgerlichen und des Handelsrechtes, sind als solche nicht rechtsfähig. Denn hier sind Rechtssubjekte die Gesellschafter zu gesamter Hand.

Diesen Satz erkennt jedoch die Literatur[23]) und Praxis[24])

---

[19]) Bernatzik, im Archiv f. öfftl. Recht, V, 192.

[20]) V. G. H. v. 25. Juni 1884, Z. 1184, B. 2184, v. 11. Okt. 1888, Z. 3138, B. 4278, v. 4. Nov. 1892, Z. 3080, B. 6851, vom 24. März 1899, Z. 1956, B. 12656, v. 3. Febr. 1905, Z. 1196, B. 3284 A, v. 26. Juni 1907, Z. 6151, Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. II, 250 u. a.; Mataja, a. a. O. 29 u. a.

[21]) Dies übersieht Heilinger im Deutschen Volksblatt v. 27. Jänner 1906, Nr. 6130, S. 3.

[22]) Bernatzik, a. a. O. V, 276 und 279 ff.

[23]) Bernatzik, a. a. O., Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXIX, 15, 16; Kulisch, a. a. O. I, 239, und die daselbst Anm. 5 genannte Literatur.

[24]) V. G. H. v. 12. Jänner 1903, Z. 6642, B. 1863 A, vom

nur zum Teile an. Die herrschende Praxis[25]) und zum Teil auch die Theorie[26]) faßte bisher gewisse Formen der Gesellschaft, bisweilen sogar alle erlaubten Assoziationen überhaupt[27]) als juristische Personen im Sinne des § 3 der Gewerbenovelle von 1883 auf und subintellegierte so dem Gesetze eine Ausdehnung der Rechtsfähigkeit auf Subjekte, denen dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen nicht zukommt. Diese Ansicht setzt eine Duplizität der Rechtssubjekte voraus, die der Gesetzgeber wohl ausdrücklich hätte normieren müssen, wenn er sie gewollt hätte. Denn zweifellos ist die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft identisch mit jener der einzelnen Gesellschafter; eine Gesellschaft, welche faktisch aus Rechtsfähigen und Rechtsunfähigen bestünde, wäre juristisch nur eine Gesellschaft von Rechtsfähigen. Wenn nun neben den Gesellschaftern (nicht wie bei der juristischen Person an Stelle derselben) ein ideelles Rechtssubjekt besteht, so ergeben sich, namentlich was Erwerb, Ausübung und Erlöschung des Rechtes betrifft, unlösbare Schwierigkeiten. Sie sind nur dadurch zu vermeiden, daß man allen Personenmehrheiten, welche nicht unter § 3 fallen, die Fähigkeit, Subjekte des Gewerberechtes zu sein, gänzlich abspricht. Es sind dann folgerichtig nur die unter § 3 fallenden Assoziationsformen, nicht aber auch deren Mitglieder, Subjekte des Rechtes.

Die entgegengesetzte, herrschende Ansicht beruht auf einer Verwechslung der Fähigkeit, Subjekt des Gewerberechtes zu sein, mit der Fähigkeit, es zu erwerben. Es wird später dargetan werden, daß die Gewerbeordnung eine Reihe von Erfordernissen des Gewerbsantrittes aufstellt, die aber nicht Bedingungen der Rechtsfähigkeit sind. Solche Erfordernisse normierte die Gewerbeordnung für juristische Personen, nicht

---

16. Nov. 1904, Z. 10781, B. 3054 A, Min. d. Inn. v. 8. Mai 1895, Z. 6958, u. a.

[25]) Eine Übersicht über die ältere Praxis des V. G. H., s. bei Brosche, a. a. O. 15, Anm. 5; dazu V. G. H. v. 6. Juli 1901, Z. 5349, B. 454 A; v. 11. Juli 1903, Z. 7745, B. 1953 A, und vom selben Tage Z. 7757, B. 1954 A u. a., ferner die Entsch. d. Min. d. Inn. vom 13. Okt. 1893, Z. 21518, d. Erl. d. n.-ö. Statth. v. 21. März 1881, Z. 9251, Norm. Slg. 1615 usw.

[26]) „B." in d. Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 19; Mataja, a. a. O. 30; Heilinger, Öst. Gewerberecht I, 68; Seltsam und Posselt, a. a. O. 57.

[27]) V. G. H. v. 13. Juni 1903, Z. 6657, B. 1862 A; Davy, in der Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 22.

aber für Gesellschaften, die Novelle normiert solche auch für Handelsgesellschaften, nicht aber für die Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes. Die vom Gesetze mit Stillschweigen übergangenen Assoziationsformen sind deshalb noch nicht von der Rechtsfähigkeit ausgeschlossen.

Die Konsequenzen jener Verwechslung von Rechtsfähigkeit und Erwerbsfähigkeit hat die früher erwähnte Praxis und Literatur zumeist, wenn auch nicht immer gezogen [28]). Das Gesetz selbst jedoch zieht derartige Schlußfolgerungen nicht. Es weist im § 56, Abs. 4, ausdrücklich den mehreren erbberechtigten minderjährigen Deszendenten gemeinsam die Stellung eines Gewerbsinhabers zu, ebenso in Abs. 5 der Witwe und den Deszendenten gemeinsam. Allerdings sagt es dort nur, der Betrieb könne „für Rechnung" dieser Personen geführt werden. Allein dies ist nur eine ungenaue Ausdrucksweise. Die privatrechtliche Beteiligung am Gewerbebetriebe zu regeln ist nicht Aufgabe der Gewerbeordnung [29]). Vielmehr gestattet das Gesetz hier einen Gewerbebetrieb durch mehrere, ohne dies als speziellen Ausnahmsfall hinzustellen [30]). Dadurch wird aber das ganze argumentum a contrario [31]), das auf § 3 aufgebaut wurde, hinfällig. Hingegen fügt sich diese sogenannte Ausnahme dem Satze des § 11 vollkommen ein: Wer durch die vorhergehenden Bestimmungen des II. Hauptstückes nicht ausgeschlossen erscheint, ist zum Gewerbebetriebe berechtigt. Personenmehrheiten sind nirgends ausgeschlossen. Es ist also nicht einzusehen, warum sie nicht sollten Gewerbsinhaber sein können [32]). Das geltende Gesetz beruht ja, wie bereits hervorgehoben wurde, auf einer Auffassung, wonach die Freiheit des Individuums nur soweit beschränkt ist, als das Gesetz ihr Grenzen zieht. Eine so wichtige Freiheitsbeschränkung müßte vom Gesetz ausdrücklich nor-

---

[28]) Vgl. noch die Entsch. d. Min. d. Inn. v. 21. Feber 1893, Z. 31340, v. 13. Okt. 1893, Z. 21518 u. a., ferner „B." in d. Ztschr. f. Verw. XXVII, Nr. 19, Mataja a. a. O. 15, 29 u. a.; endlich den Motivenbericht zur Regierungsvorlage der Novelle von 1907, zu 2141 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses XVII. Session, S. 3.

[29]) Mataja, a. a. O. 17.

[30]) Wie „B." a. a. O. u. a. annehmen.

[31]) Vgl. hiezu V. G. H. v. 17. Nov. 1898, Z. 6091, B. 12163; Brosche, Ztschr. f. Verw. XXIX, 15, 16; Bischoff ebenda XXXV, 153.

[32]) Kulisch, a. a. O. I, 239.

miert sein, um als dessen Wille zu gelten; a contrario dürfte sie nicht erschlossen werden, selbst wenn jene „Ausnahme" des § 56 nicht existierte.

Der Zustand bis zum Inkrafttreten der Novelle vom 5. Februar 1907 war also folgender: Gesellschaften waren gesetzlich ebenso wie einzelne zum Gewerbebetriebe zugelassen, doch war hiezu die Rechtsfähigkeit eines jeden der mehreren Inhaber erforderlich. Welches die Voraussetzungen der Erwerbsfähigkeit waren, ob z. B. alle Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft den Befähigungsnachweis hätten erbringen müssen oder etwa nur die persönlich haftenden usw., kann hier außer Betracht bleiben. Juristische Personen konnten nach den Vorschriften des § 3 ein Gewerbe betreiben. Die Praxis schloß jedoch Gesellschaften vom Gewerbebetriebe aus. Um aber die schreiendsten Übelstände, welche diese Auffassung mit sich bringen mußte, zu beseitigen, preßte man die Gesellschaften des Handelsrechtes unter den Begriff der „juristischen Person im Sinne des § 3". Dadurch wurden sie zwar rechtsfähig, zugleich aber fähig zum Antritte des Gewerbebetriebes nicht aus der Person ihrer Mitglieder, sondern durch Bestellung eines Stellvertreters oder Pächters.

Die Gewerbenovelle von 1907 hat nun den Grundsatz anerkannt, daß die Handelsgesellschaften nicht juristische Personen seien und dies schon in der Überschrift des § 3 „Juristische Personen und Gesellschaften" zum Ausdrucke gebracht[33]). Von den juristischen Personen spricht sie im Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen, von den Gesellschaften im Abs. 3, sowie in den §§ 13a), Abs. 5, 14e) und 23a), Abs. 4[34]). Die genannten Stellen regeln aber nur die Voraussetzungen zum Erwerb eines Gewerberechtes, § 3, Abs. 3, normiert einen besonderen Erlöschungsgrund, wie unten in den entsprechenden Abschnitten dargetan wird. Über die Frage, wer Rechtssubjekt ist, ist nichts gesagt. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze: Juristische Personen sind selbständige Rechtssubjekte, bei Gesellschaften sind es die Gesellschafter.

Komorzynski[35]) ist der Anschauung, de lege lata seien die Handelsgesellschaften auch nach der Novelle von 1907 als

---

[33]) A. M. Komorzynski in den Jur. Bl. XXXVI (1907), 554.
[34]) A. M. Komorzynski, a. a. O.
[35]) Jur. Bl. XXXVI, 553 ff.

juristische Personen zu betrachten, dafür sprächen sowohl die Einteilung als mehrere Stellen des Gesetzes. Die von ihm hiefür [36]) herbeigezogenen Gesetzesstellen (Überschrift zum 2. Hauptstück G. O., § 14 e), Abs. 1) sind jedoch nicht überzeugend und lassen eine andere Deutung wohl ebenso zu. Dagegen ist er gezwungen, die juristische Person im Sinne des Gewerberechtes von jener des Zivilrechtes zu unterscheiden [37]), eine Konsequenz, welche ziemlich gewagt ist, zumal doch die Novelle von 1907 den gewerberechtlichen Begriff der juristischen Person mit dem allgemein üblichen offenbar in Übereinstimmung bringen wollte. Auch hätte nach Komorzynski der Ausdruck „juristische Person" im § 3, G. O., eine andere Bedeutung als in der Überschrift dieses Paragraphen. Wenn Komorzynski endlich darauf verweist, daß § 23 a), Abs. 4, das Vorhandensein eines Stellvertreters als selbstverständlich voraussetzt, so ist demgegenüber auf § 55, Abs. 1, hinzuweisen, wonach j e d e r Inhaber einen Stellvertreter bestellen k a n n, folglich auch eine Handelsgesellschaft. Daß sie aber einen solchen bestellen m u ß, um rechtsfähig oder auch nur ausübungsfähig zu sein, sagt § 23 a), Abs. 4, ebensowenig wie § 3. Im übrigen kommt die Bedeutung des § 23 a) unten nochmals zur Sprache.

Von den Personenmehrheiten, welche weder juristische Personen noch Handelsgesellschaften sind, spricht die Novelle überhaupt nicht. Es bleibt somit auch hier bei dem früheren Rechtszustand, d. h. mehrere Personen, soferne sie alle rechtsfähig sind, können Inhaber eines gemeinsamen Gewerbes sein [38]). Allerdings sagt der Motivenbericht zur Regierungsvorlage [39]), der Entwurf wolle keine Änderung an der bisherigen Praxis vornehmen, wonach derartige Personenverbindungen ein Gewerberecht nicht erlangen können. Allein die Novelle hat nichts daran geändert, daß jene Praxis ungesetzlich war. Eine stillschweigende gesetzliche Anerkennung kann aus bloßen Motiven der Regierung nicht abgeleitet werden.

Es sprechen aber auch wichtige rechtspolitische Bedenken, die dem Gesetzgeber gewiß nicht entgangen sind, gegen jene Praxis und jene Auffassung der Regierung. Es wurde in der

---

[36]) a. a. O. 554.
[37]) a. a. O., Anm. 3.
[38]) A. M. Heller, Das österr. Gewerberecht, 121, 122, 135.
[39]) Zu 2141 der zit. Beilagen, S. 3.

Literatur bereits wiederholt hervorgehoben, daß die Handelsgesellschaften Assoziationsformen sind, welche im allgemeinen nur kapitalskräftigeren Schichten der Gewerbetreibenden zugänglich sind und daß die hier bekämpfte Auffassung die Gesellschaftsform der Kapitalsarmen, die sogenannte Kleinhandelsgesellschaft, von der gewerblichen Rechtsfähigkeit ausschließt. Nun sind es aber gerade die kleinen und kleinsten Gewerbsleute, welche der Assoziation am allernotwendigsten bedürfen. Mit der Möglichkeit der rein wirtschaftlichen Beteiligung bei fremden Unternehmern als stiller Gesellschafter, Kommanditist usw. ist ihnen ja nicht geholfen, auch eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ist nicht immer leicht zu gründen. Was ihnen nottut, ist Zusammenschluß der Arbeitskräfte mehrerer, der ihnen am wenigsten dann verwehrt werden sollte, wenn ihre Kapitalskräfte gering sind. Es ist zu hoffen, daß die Praxis den Forderungen des wirtschaftlichen Lebens entsprechen und ihren bisherigen Standpunkt verlassen wird, ebenso wie sie z. B. ihre Stellungnahme gegen die bedingte Zurücklegung des Gewerbes unter dem Druck der tatsächlichen Verhältnisse aufgeben mußte[40]).

Der heutige Rechtszustand ist somit folgender: Personenmehrheiten, welche weder juristische Personen noch unerlaubte Assoziationen sind, sind zum Gewerbebetriebe zuzulassen. Rechtssubjekte sind hier nur die einzelnen Gesellschafter, ein von diesen verschiedenes Rechtssubjekt existiert nicht. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ist daher ausschließlich nach der Rechtsfähigkeit der Gesellschafter zu beurteilen, ebenso aber auch die gewerberechtliche Erwerbs- und Handlungsfähigkeit, soferne nicht das Gesetz besondere Ausnahmen trifft, wie z. B. im § 14 e). Es ist also beispielsweise Verläßlichkeit oder Unbescholtenheit von allen Gesellschaftern zu fordern. Haben jedoch einzelne Gesellschafter die Vollmacht zur Geschäftsführung mit Ausschluß der anderen, so sind sie im Sinne des Gewerberechtes als Stellvertreter der Ausgeschlossenen zu betrachten. Dann ersetzt ihre gewerberechtliche Handlungsfähigkeit die etwa mangelnde der anderen.

4. Rechtsunfähig sind alle nur durch Abstraktion gewonnenen Subjektsbegriffe, z. B. die Gutsinnehabung, die Guts-

---

[40]) Vgl. den Erl. d. n.-ö. Statth. v. 10. März 1903, Z. 14827, Norm. Slg. 5625.

verwaltung, Domänendirektion usw.[41]) Denn sie sind nicht Subjekte im Sinne der Rechtsordnung. Die Gewerberechte derartiger ideeller Subjekte wären überdies Realgewerberechte, da das Subjekt trotz Wechsels der physischen Personen dasselbe bliebe[42]), die Begründung solcher Rechte widerspräche also dem Art VII K. M. P.

III. Die Rechtsunfähigkeit hat absolute Nichtigkeit des Erwerbsaktes zur Folge. Verliert ein Gewerbsinhaber nachträglich die Rechtsfähigkeit, z. B. eine juristische Person wird unerlaubt oder ändert ihre Statuten, oder die formelle Reziprozität bezüglich eines Ausländers fällt weg, so geht damit ipso iure auch das Recht verloren. Denn was nicht Rechtssubjekt ist, kann keine Rechte haben.

2. Die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit.

I. Die Gewerbeordnung normiert eine Reihe von Bedingungen, welche ein Rechtssubjekt erfüllen muß, damit es zum Antritt eines Gewerbes zugelassen wird. Sie sind im II. Hauptstück aufgezählt. Allerdings sind hier nicht bloß Normen über den Erwerb des Gewerberechtes aufgestellt. Der bereits besprochene § 8 regelt die Rechtsfähigkeit, die noch zu besprechenden §§ 2, 3, 4, und 6 haben nebst der Erwerbsfähigkeit noch anderes zum Inhalt, endlich finden sich einige Normen, die nicht in diesen Zusammenhang gehören, z. B. § 20, der systematisch an § 39 anzureihen gewesen wäre, usw.

Abgesehen von diesen Ausnahmen enthält das II. Hauptstück lediglich Voraussetzungen für den Erwerb des Gewerberechtes[43]). Daß es nicht die Rechtsfähigkeit regelt, wurde bereits zu Beginn des vorigen Abschnittes dargelegt. Es betrifft aber mit den später zu erörternden Ausnahmen, an sich auch nicht die Fähigkeit zur persönlichen Ausübung. Dies ergibt sich vor allem aus dem Wortlaut der einzelnen Gesetzesstellen, welche fast insgesamt ausdrücklich nur vom „Antritt' des Gewerbes (§§ 5, 6, 7, 10, 11, Abs. 2, 13a), 14ff., 21a), 23), von der „Erlangung" der Konzession (§ 24) u. ä. sprechen, oder doch anderweitig zum Ausdruck

[41]) V. G. H. v. 10. Sept. 1904, Z. 9380, B. 2845 A T, v. 5. Juli 1906 Z. 7800 B. 4565 A.

[42]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 29. März 1895, Z. 487, Norm. Slg. 1338.

[43]) Mataja a. a. O. 17.

bringen, daß sie sich nur auf den Erwerb des Rechtes beziehen (§§ 11, 12, 13, 18, 19, Abs. 1, 21, 22). Auch der Zusammenhang deutet darauf hin. Denn das II. Hauptstück behandelt außer den Fähigkeitsgründen auch die Akte des Rechtserwerbes; die Ausübung hingegen findet im IV. Hauptstück ihre Normierung. Soweit also nicht ausdrücklich das Gegenteil gesagt ist, darf nicht angenommen werden, daß das II. Hauptstück auch die Ausübung regeln wollte.

Das II. Hauptstück betrifft also die Voraussetzungen des Rechtserwerbes. Aber nicht die eines jeden Rechtserwerbes. Zweifellos werden die Witwe und die minderjährigen erbberechtigten Deszendenten Gewerbsinhaber nach § 56, Abs. 4 ff., ohne Rücksicht darauf, ob sie den Vorschriften der §§ 2 ff. entsprechen; sonst wäre § 56 für sie ja wertlos, zum mindesten bei nichtkonzessionierten Gewerben. Ebenso ist zum Erwerb eines Realgewerbes nicht erforderlich, daß der Erwerber den Bedingungen der §§ 2 ff. entspricht; sonst bestünde zwischen Real- und Personalgewerben, wenigstens bei nichtkonzessionierten Gewerben, kein Unterschied, und die „Realeigenschaft" wäre entgegen Art. VII K. M. P. verwischt. Diese Fälle sind die des derivativen Erwerbes eines bereits bestehenden Gewerberechtes. Das II. Hauptstück betrifft sie ebensowenig hinsichtlich der Fähigkeit wie hinsichtlich des Erwerbsaktes. Fähig zum derivativen Erwerbe eines Gewerberechtes ist jeder, der rechtsfähig ist.

Das II. Hauptstück behandelt somit nur den originären Erwerb, die Neubegründung eines noch nicht bestehenden Rechtes. Es spricht von der Fähigkeit zum Rechtserwerbe in den §§ 2—10 und in den vom Befähigungsnachweis handelnden Gesetzesstellen, die übrigen regeln die Erwerbsakte. Diese letzteren kommen unten im IV. Abschnitte zur Darstellung. Hier ist nur von der Fähigkeit die Rede.

II. Gemäß dem bereits mehrfach erwähnten Grundsatze, daß die gewerbliche Tätigkeit nur jenen Beschränkungen unterliegt, welche das Gesetz anordnet, ist jeder zum Erwerbe des Gewerberechtes fähig, der nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist[44]). Diesen Grundsatz spricht § 11 für die freien Gewerbe expressis verbis aus, § 14 akzeptiert ihn für die handwerks-

[41]) Komorzynski im Öst. Staatswörterbuch v. Mischler u. Ulbrich, 2. Aufl., II, 629.

mäßigen, und er muß auch für die konzessionierten gelten, da ja das Gesetz eine besondere Gruppe von Fähigkeitsgründen aufzählt, welche nur die konzessionierten Gewerbe betreffen (§ 23). Die Aufzählung der Unfähigkeitsgründe im Gesetze ist also eine taxative. Dem freien Ermessen der Behörde hinsichtlich der konzessionierten Gewerbe geschieht hiedurch keine Einbuße. Sie darf die Konzession nicht verleihen, wenn Unfähigkeit vorliegt. Ob sie dieselbe im entgegengesetzten Falle verleihen muß oder nicht, ist eine andere Frage.

Nach der Gewerbeordnung sind gewisse Gruppen von Rechtssubjekten nur beschränkt erwerbsfähig, andere sind gänzlich erwerbsunfähig.

A. Die beschränkte Erwerbsfähigkeit.

Beschränkt erwerbsfähig sind Nichteigenberechtigte (§ 2, Abs. 2) und juristische Personen (§ 3, Abs. 1). Diese beiden Gesetzesstellen sprechen zwar nicht vom Erwerb, sondern vom Betrieb des Gewerbes, regeln also zunächst die Fähigkeit zur Ausübung. Allein daß auch die Erwerbsfähigkeit inbegriffen sein muß, ergibt sich aus der Natur der Sache wie aus dem Zusammenhang.

Nichteigenberechtigte und juristische Personen sind zwar fähig, ein Inhaberrecht zu erwerben, aber nur durch einen zu bestellenden Stellvertreter oder Pächter. Immerhin stehen die beiden in § 2, Abs. 2, und § 3, Abs. 1, enthaltenen Bestimmungen einander nicht gleich.

Während es in der Natur der juristischen Person liegt, daß sie eine Reihe von Bedingungen des Erwerbes und der Ausübung nicht erfüllen kann, z. B. Verläßlichkeit, Unbescholtenheit, Befähigungsnachweis, können physische Personen diese Qualifikationen besitzen, ohne eigenberechtigt zu sein. Bei der juristischen Person genügt es also, wenn der Stellvertreter oder Pächter erwerbsfähig ist. Eine Anwendung dieses Satzes enthält § 1, Abs. 3 des Gesetzes vom 23. März 1885, R. G. B. Nr. 48, über die Pfandleihergewerbe, welcher sagt: „Bewirbt sich eine juristische Person (Gemeinde, Verein, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und dgl.) um die Konzession für ein solches Gewerbe, so hat sich die Beurteilung der Verläßlichkeit nur auf die Person des namhaft gemachten Stellvertreters .... zu erstrecken." Nach dem Worte „Stellvertreters" ist § 3 G. O. zitiert. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat mit der Entschei-

dung vom 27. April 1907, Z. 3931[45]), den Grundsatz ausgesprochen, die juristische Person sei zum Gewerbebetrieb ausnahmslos zuzulassen. Die besonderen persönlichen Eigenschaften, welche für den Gewerbsantritt erforderlich sind, müsse nur der Stellvertreter besitzen. Dem stehe auch § 55 nicht entgegen, wonach der Stellvertreter gleich dem Inhaber die Fähigkeit zum selbständigen Betriebe besitzen müsse. Denn diese Vorschrift wollte nur gesagt haben, daß die Erfordernisse seitens des Stellvertreters in jener Weise und in jenem Umfang auszuweisen seien, wie es für den Inhaber selbst vorgeschrieben sei (der Verwaltungsgerichtshof meint offenbar: wie es für den Inhaber sonst vorgeschrieben sei). Mehr bedeute die zitierte Norm des § 55 nicht, denn § 3 enthalte keine Einschränkung.

Fraglich ist hingegen, ob Nichteigenberechtigte die Stellung eines Gewerbsinhabers nur dann erlangen können, wenn sie alle übrigen Voraussetzungen des originären Rechtserwerbes erfüllen. Genügt es zum Beispiel, wenn der Stellvertreter oder Pächter den Befähigungsnachweis erbringt, damit ein Minderjähriger das Recht zum Betrieb eines handwerksmäßigen Gewerbes erwerben kann? Die Frage ist wohl zu bejahen. Denn § 2, Abs. 2, ist als Ausnahme von der in § 55, Abs. 2, enthaltenen Regel, daß der Inhaber wie der Stellvertreter und Pächter alle im II. Hauptstück geforderten Eigenschaften besitzen muß, strenge auszulegen[46]), dispensiert also nur von der Eigenberechtigung, nicht aber von anderen Unfähigkeitsgründen. Außerdem wird hiefür geltend gemacht, daß ja der Inhaber bei Erlangung der Eigenberechtigung ohneweiters das Gewerbe persönlich betreiben könne[47]).

Weiter ist hervorzuheben, daß sich § 3, Abs. 1, auf alle juristischen Personen bezieht, § 2, Abs. 2, dagegen nur auf jene Nichteigenberechtigten, welche nicht durch den Konsens zum Gewerbebetriebe nach § 252 A. B. G. B. eigenberechtigt werden. § 252 versteht unter Verstattung des Betriebes bloß die Erlaubnis zur persönlichen Ausübung des Gewerbes[47a]). Selbstverständlich ist die Zustimmung der Vormundschaft zum derivativen Erwerbe des Gewerbsinhaberrechtes keine Ver-

[45]) Amtsblatt f. d. Handels- u. Gewerbeverw. II, 120.

[46]) So auch Mataja, a. a. O. 17.

[47]) Mataja, a. a. O.

[47a]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österr. allg. Privatrechts, 4. Aufl., II, 533.

stattung des Betriebes im Sinne von § 252; sonst müßten die erbberechtigten minderjährigen Deszendenten des § 56, Abs. 4 G. O., oder ein Minderjähriger, welcher ein Realgewerbe erwirbt, dadurch großjährig werden[48]). Auch die Gestattung des originären Erwerbes ohne gleichzeitige Zustimmung zur persönlichen Ausübung, welche gewiß denkbar ist, kann nicht die Volljährigkeit verleihen. Die Vormundschaft erlaubt dann bloß den Erwerb des Rechtes gemäß § 2, Abs. 2, durch Bestellung eines Stellvertreters oder Pächters[49]); dadurch wird der Minderjährige zwar erwerbsfähig, aber nicht fähig zum persönlichen Betrieb, ebensowenig wie er dadurch großjährig wird[50]). Würde trotz einer derart eingeschränkten Zustimmung ein Gewerbe ohne Stellvertreter und Pächter angemeldet oder konzessioniert, so läge ein wesentlicher gesetzlicher Mangel des Erwerbsaktes (§ 57) vor. Der Wille zum Erwerbe wäre hier durch die vormundschafliche Zustimmung substituiert, es fehlte aber dem Inhaber die Fähigkeit, welche eben durch die des Stellvertreters oder Pächters hätte ersetzt werden sollen. Würde dagegen eine Anmeldung oder Konzessionserteilung überhaupt ohne Zustimmung der Vormundschaft erfolgen, so wären diese Akte mangels eines rechtlich willensfähigen Subjektes nichtig.

Zwei Normen, welche an sich nur die Ausübung des Gewerberechtes betreffen, haben auch eine beschränkte Erwerbsfähigkeit zur Folge:

a) wer ein Dienst- und Stellenvermittlungsgewerbe (§ 21 c), Abs. 1), oder

b) ein Pfandleihgewerbe (§ 2 des Ges. v. 23. März 1885, R. G. B. Nr. 48), persönlich betreibt, darf gleichzeitig kein anderes Gewerbe persönlich betreiben, folglich kann er ein zweites Gewerberecht nur durch einen Stellvertreter oder Pächter

---

[48]) Stubenrauch, Kommentar zum A. B. G. B., 8. Aufl., I, 325.

[49]) Zeiller, Kommentar I, 516, motiviert § 252 damit, daß „die Führung dieser Geschäfte die Fähigkeit, sich durch Verträge gültig verbinden zu können", verlange. Diese Fähigkeit ist nun nicht erforderlich, wenn sie durch einen Stellvertreter oder Pächter betrieben werden soll. Anders, Grundriß des Familienrechts 53 spricht von der „Bewilligung zum persönlichen Betrieb".

[50]) Verschiedene Ansichten über das Verhältnis von § 252 A. B. G. B. u. § 2, Abs. 2 G. O., s. u. a. bei Mataja, a. a. O. 17, Kulisch, a. a. O. I, 205. Gegen letzteren Herrnritt im Archiv f. öfftl. R. XXI, 460.

erwerben. Diese beschränkte Erwerbsunfähigkeit ist jedoch in doppelter Hinsicht resolutiv bedingt:

1. Sie kann durch Genehmigung der politischen Landesstelle nach freiem Ermessen behoben werden.

2. Ausübung des ersten Gewerbes durch eine Mittelsperson (z. B. gemäß § 21 d), Abs. 2), hindert den persönlichen Antritt eines anderen Gewerbes nicht, ebensowenig eine Gewerbsberechtigung, welche nicht ausgeübt wird. Daher kann der Inhaber durch Einstellung des persönlichen Betriebes seine Erwerbsunfähigkeit beheben.

B. Die vollständige Erwerbsunfähigkeit.

Vollständige Erwerbsunfähigkeit liegt in folgenden Fällen vor:

1. Erwerbsunfähigkeit wegen strafbarer Handlungen besteht nach den §§ 5 und 6 in folgenden Fällen:

a) Wer wegen einer der im § 5 genannten strafbaren Handlungen verurteilt worden ist, kann vom Antritte eines Gewerbes dann ausgeschlossen werden, wenn nach der Beschaffenheit der Person, der Straftat und[51]) des Gewerbes Mißbrauch zu besorgen ist. Es hängt vom freien Ermessen der Behörde ab, falls die Voraussetzungen gegeben sind, vom Gewerbsantritte auszuschließen oder nicht[52]). Wenn der Erlaß des Ministeriums des Innern vom 20. Mai 1891, Z. 8194, die Behörden anweist, von dem Ausschließungsrecht immer dann Gebrauch zu machen, wenn die Bedingungen des § 5 erfüllt sind, so ist dies eine Instruktion, welche die untergebenen Behörden bindet, nach außen aber keine bindende Wirkung hat. Läßt die Behörde z. B. jemanden zum Gewerbebetriebe zu, trotzdem bereits rechtskräftig entschieden ist, daß Mißbrauch zu besorgen ist, so ist eine spätere Zurücknahme aus diesem Grunde unzulässig. Denn es lag keine Gesetzesverletzung, kein gesetzlicher Mangel vor, sondern nur die Verletzung einer Instruktion.

b) Wer sich hingegen wegen eines der im § 5 genannten Delikte in Untersuchung befindet, ist vom Gewerbsantritt ausgeschlossen, wenn Mißbrauch zu besorgen ist. Untersuchung ist

---

[51]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 20. Mai 1891, Z. 8194, Norm. Slg. 1551, Mataja, a. a. O. 18 u. a.

[52]) V. G. H. v. 24. Okt. 1899, Z. 8393, B. 13279; Mataja, a. a. O. und Kulisch, a. a. O. I, 226, nehmen dagegen eine gesetzliche Pflicht der Behörde zur Ausschließung an.

hier das gesamte Verfahren von dem Augenblick, in welchem es gerichtlich oder gefällsgerichtlich anhängig wird, bis zur erfolgten Verurteilung oder Freisprechung.

Ob im konkreten Falle Mißbrauch zu besorgen ist, ist eine Frage der Würdigung des Tatbestandes. Die Entscheidung hierüber ist der Rechtskraft fähig[53]). Ist also z. B. rechtskräftig festgestellt, daß eine Besorgnis des Mißbrauches unbegründet ist, z. B. dadurch, daß der Bewerber während der Untersuchung zum Gewerbebetriebe zugelassen wurde, so wäre eine Entziehung nach § 139, Abs. 3 a), nicht mehr statthaft, außer es würden nachträglich neue Tatbestandsmomente eintreten, welche jene Besorgnis neuerlich rechtfertigen (vgl. die Worte „unter den gegebenen Umständen" in § 139, Abs. 3 a). Nur dann, nicht aber bei bloßer Sinnesänderung der Behörde stellt eine solche Entziehung keine Rechtsverletzung dar und muß der Verwaltungsgerichtshof eine dagegen gerichtete Beschwerde abweisen.

Da die Behörde vermöge der Rechtskraft an ihre Entscheidung über die Gefahr des Mißbrauches nur soweit gebunden ist, als nicht neu eintretende Umstände den Tatbestand wesentlich modifizieren, ist ihr die Möglichkeit geboten, jederzeit veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen, ohne daß die Rechtssicherheit darunter leidet. Es besteht daher kein Bedürfnis, die Norm des § 5 G. O. den einschränkenden Bestimmungen des § 6, Abs. 3 und 4 der Strafgesetznovelle vom 15. November 1867, Nr. 131 R. G. B., zu unterwerfen, wie es die Praxis[54]) und die Theorie[55]) zuweilen tun. Eine solche Ausdehnung der Strafgesetznovelle entspricht auch gar nicht der ratio der Gewerbeordnung. Diese zählt im 2. Hauptstück jene Rechtssubjekte auf, welche nicht zum Betriebe zugelassen werden sollen. Die Motive dieser Normierung sind ausschließlich gewerbepolitischer, nicht aber strafpolitischer Natur und haben mit den Motiven des Strafgesetzes und der strafrechtlichen Nebengesetze nichts zu tun. Bei jener Aufzählung werden nun neben Minderjährigen, Ausländern usw. auch jene Personen genannt, von denen wegen Begehung eines Deliktes Mißbrauch des Gewerberechtes zu besorgen ist. Ein solcher Mißbrauch kann nun gewiß

---

[53]) Vgl. unten den letzten Abschnitt.

[54]) V. G. H. v. 26. Febr. 1880, Z. 397, B. 711, u. a.

[55]) Heilinger im Archiv f. öfftl. R. X, 601—602; Hoffmeister in den Jur. Bl. XXVIII, 63. Dagegen Heller, Das öst. Gewerber. 138, Anm. 36.

unter Umständen auch nach Ablauf von 10, 5 oder 3 Jahren zu gewärtigen sein. Hat sich der Übeltäter aber derart geändert, daß eine Gefahr des Mißbrauches nicht mehr besteht, so hat er damit seine Fähigkeit zum Antritt des Gewerbes wieder erlangt, auch wenn jene 10, 5 oder 3 Jahre noch nicht verflossen sind.

Was also die Gewerbeordnung normiert, ist nicht Straffolge im Sinne der Strafgesetznovelle, sondern selbständige gewerbepolitische, bzw. gewerbepolizeiliche Maßregel. Denn nicht die Straftat als solche ist Ursache der Norm des § 5, sondern die Gefahr des Mißbrauches. Daher wird auch der unschuldig in Untersuchung Gezogene bis zur Freisprechung davon betroffen. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Behauptung spricht das der Behörde in § 5 eingeräumte freie Ermessen[56]). Denn wie sollte eine strafrechtliche Folge an das freie Ermessen im engeren Sinne, z. B. an die Erwägung des Lokalbedarfes, geknüpft sein! Endlich steht es mit dem oben entwickelten Grundsatz in Einklang, daß die Gewerbenovelle vom 15. März 1883 die Strafgesetznovelle gar nicht erwähnt, obwohl sie doch dem § 5, früher § 7, einen anderen Wortlaut gegeben hat. Die Strafgesetznovelle hat eben in das hier geregelte Gebiet gar nicht eingegriffen[57]). Wer dies leugnet, kommt entweder zu dem Schlusse, daß die Gewerbenovelle von 1883 die Strafgesetznovelle abgeändert und so den ursprünglichen Zustand wieder herbeigeführt hat[58]), was nur höchst gezwungenerweise als Absicht des Gesetzgebers hingestellt werden kann, oder er muß dem Gesetzgeber von 1883 vorwerfen, er habe es nur aus Gedankenlosigkeit übersehen, zur Strafgesetznovelle Stellung zu nehmen, und behaupten, diese sei nur durch Vergeßlichkeit des Gesetzgebers in Geltung[59]).

Die angegebenen Grundsätze gelten auch bezüglich des § 139, Abs. 3 a). Dieser läßt die Entziehung zu, „wenn der Gewerbetreibende wegen einer der im § 5 erwähnten Handlungen verurteilt worden ist und unter den gegebenen Umständen von dem Fortbetriebe des Gewerbes Mißbrauch zu besorgen wäre". Die Möglichkeit der Entziehung ist hier nicht Straffolge, sondern

---

[56]) So insb. V. G. H. v. 22. Dez. 1899, Z. 10297, B. 13553.
[57]) Vgl. die in der vorhergehenden Anm. zit. Entsch. des V. G. H.
[58]) So u. a. Mayrhofer-Grüenbühel in den Jur. Bl. XV, 223.
[59]) So Kosjek in d. Gerichtshalle XXVIII, 323, 324.

es liegt ein Rechtssatz von selbständiger administrativer Bedeutung vor.

c) Wem durch richterliches oder administratives Erkenntnis das Gewerbsinhaberrecht oder die Befugnis, ein Gewerbe als Stellvertreter oder Pächter zu betreiben (§ 137, Abs. 2), also die gewerberechtliche Handlungsfähigkeit, entzogen wurde, der ist vom Antritte eines jeden Gewerbes ausgeschlossen, durch dessen Ausübung der Zweck des Erkenntnisses vereitelt würde (§ 6). Die Zwecke der gerichtlichen und administrativen Straferkenntnisse sind die Strafzwecke, die Ausschließung nach § 6 ist in diesen Fällen Straffolge. Daher gelten die Beschränkungen der Strafgesetznovelle, wenn das verurteilende Erkenntnis ein richterliches war (§ 6, Abs. 2 G. O.)[60]. Sie finden dagegen keine Anwendung auf die Ausschließung infolge administrativen Erkenntnisses, es sei dieses ein Straferkenntnis oder nicht. Denn § 6 der Strafgesetznovelle hat nur die Folgen gerichtlicher Verurteilungen im Auge. § 6, Abs. 2 G. O. hat jedoch der politischen Landesbehörde die Kompetenz eingeräumt, die Erwerbsunfähigkeit mit Rücksicht auf die längere tadellose Haltung des Ausgeschlossenen zu beheben. Freies Ermessen dürfte ihr der Gesetzgeber hiebei nicht gewährt haben, trotzdem der Wortlaut der Stelle (vbo. „kann") dafür zu sprechen scheint. Sie hat vielmehr offenbar zu untersuchen, ob der Gewerbsantritt gegenwärtig noch den Zweck des früheren Erkenntnisses vereitelt und ist je nach dem Ergebnisse dieser Beurteilung verpflichtet, die Dispens ohne Rücksicht auf anderweitige öffentliche Interessen zu erteilen oder zu verweigern. Die Frage, ob die Dispens zu gewähren war, kann daher auch vom Verwaltungsgerichtshof überprüft werden.

Die Zurücknahme nach § 57, Abs. 1, und die Nichtigerklärung sind nicht Entfernungen vom Betrieb eines Gewerbes im Sinne des § 6. Sie beruhen lediglich auf Mängeln eines konkreten Rechtserwerbes, eine Wirkung auf andere Erwerbsakte läge unzweifelhaft außerhalb der Absichten des Gesetzes.

Kulisch[61] folgert aus § 5 a maiori ad minus, daß auch

---

[60]) Heilinger im Archiv f. öfftl. R. X, 603 nimmt an, daß Verurteilungen durch richterliches Erkenntnis im Sinne von § 6, Abs. 2, nur die durch ein gerichtliches Erkenntnis verursachten administrativen Ausschließungen seien. Vgl. dagegen Mayrhofer-Grüenbühel in den Jurist. Bl. XV, 233.

[61]) a. a. O. I, 227.

die Ausschließung nach § 6 nur eine prekäre, vom freien Ermessen der Behörde abhängige sei. Dieser Schluß dürfte bezüglich der Straferkenntnisse nicht gerechtfertigt sein. Denn § 6 ordnet eine Straffolge an, § 5 eine selbständige administrative Maßregel, und das freie Ermessen entspricht wohl dem Wesen der letzteren, aber nicht jenem der ersteren. Bezüglich der administrativen Erkenntnisse, welche nicht Straferkenntnisse sind, ist jener Schluß darum nicht zulässig, weil solche Erkenntnisse gar keinen Ausschließungsgrund nach § 5 bilden. A maiori ad minus müßte übrigens mit ebensoviel Berechtigung etwa auch gefolgert werden können, daß die Unfähigkeit zum Halten von Lehrlingen nach § 98, Abs. 2, vom freien Ermessen der Behörde abhängt. Aber was für Sinn hätte dann § 98, Abs. 7?

2. Die Erwerbsunfähigkeit vermöge des Berufes ist im § 4 behandelt. Normen, welche den Gewerbebetrieb durch Angehörige eines Berufes untersagen oder beschränken, können einen dreifachen rechtlichen Charakter haben:

a) Sie statuieren einen Fall der gewerberechtlichen Erwerbsunfähigkeit;

b) sie geben eine interne Instruktion für die Gewerbebehörde;

c) sie normieren für die Angehörigen eines Berufes eine Pflicht, deren Verletzung zwar den Vorgesetzten gegenüber verantwortlich macht, nach außen aber rechtlich ohne Bedeutung ist.

Die meisten einschlägigen Vorschriften gehören der zuletzt genannten Gruppe an, so jene des kanonischen Rechtes über den Lebenswandel der Kleriker[62]) oder Art. 69, Z. 1 des Gesetzes vom 4. April 1875, R. G. B. Nr. 68, über die Handelsmäkler[62a]). Diese Normen sind hier nicht darzustellen.

Vorschriften der zweiten Gruppe, also reine „Verwaltungsverordnungen“[63]), sind zwar denkbar, eine Wirksamkeit käme

[62]) Vgl. über diese Mayrhofer, Handbuch f. d. polit. Verwaltungsdienst VI, 822, Anm. 1.

[62a]) In diese Gruppe von Normen gehört auch der von Kulisch a. a. O. I, 218 zu den Gewerbsunfähigkeitsgründen gezählte Fall des Art. 19 Abs. 1 des galizischen Landesgesetzes vom 1. Jänner 1889 L. G. B. Nr. 16, wonach die Übernahme einer Nebenbeschäftigung durch Lehrer von der Bewilligung des Landesschulrates abhängig ist.

[63]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 185; G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 571 ff.; Jellinek,

ihnen jedoch nur betreffs der konzessionierten Gewerbe zu, da deren Verleihung ins freie Ermessen der Verwaltungsbehörden gestellt ist und dieses Ermessen durch Instruktionen beschränkt oder gebunden werden kann. Hiegegen wäre eine Verwaltungsverordnung, welche den Antritt nichtkonzessionierter Gewerbe beschränken würde, gesetzwidrig. Denn nach § 11, Abs. 1, ist jeder zum Betriebe berechtigt, der nicht durch die gesetzlichen Normen ausgeschlossen ist. Den gesetzlichen Normen stehen zwar Rechtsverordnungen gleich, nicht aber Verwaltungsverordnungsverordnungen, interne Instruktionen. Nur Rechtsverordnungen kann § 4 unter den „bezüglichen Vorschriften" verstehen. Erfordert es doch der Grundsatz der Publizität, daß nur jene Norm wie ein Gesetz wirkt, welche wie ein Gesetz kundgemacht worden ist. (Vgl. § 1, P. c), des Ges. v. 10. Juni 1869, R. G. B. Nr. 113)[64]). Lediglich eine im Reichsgesetzblatte veröffentlichte Verordnung[65]) könnte einen Ausschließungsgrund im Sinne des II. Hauptstückes der Gewerbeordnung begründen. Erlässe, welche einer Personenklasse den Zutritt zum Gewerbebetriebe verwehren, haben die Bedeutung einer Instruktion, wenn sie sich auf konzessionierte Gewerbe beziehen, sonst sind sie gesetzwidrig[66]). Würde z. B. die Gewerbebehörde auf Grund eines solchen Erlasses den Betrieb nach § 13, Abs. 2, untersagen, so müßte der Verwaltungsgerichtshof hierin eine Rechtsverletzung erblicken.

Ein derartiger Erlaß ist unter anderen jener des Handelsministeriums im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern und dem Eisenbahnministerium vom 22. November 1897, Z. 16.868[67]). Er weist die Gewerbebehörden an, bei Anmeldungen des Kohlenhandels durch Beamte und Bedienstete der Staatsbahnen nach § 13, Abs. 2, vorzugehen, da diesen Personen seit November 1893 der Antritt des Gewerbes des Kohlenhandels untersagt sei. Bei Anmeldungen dieses Gewerbes durch

---

Gesetz und Verordnung 384 ff.; Menzel, Die Arbeiterversicherung nach österr. Rechte, 164.

[64]) Laband, a. a. O. II, 99, 100; Ulbrich, Lehrbuch d. öst. Staatsrechtes, 394, u. a. A. M. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 394.

[65]) Laband, a. a. O. 100, Ulbrich, a. a. O., insbes. Anm. 5, und in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechtes IV, I, 1, 1, 3. Aufl., S. 139.

[66]) Vgl. Laband, a. a. O. II, 170.

[67]) Norm. Slg. 2077.

Beamte und Bedienstete der Privatbahnen sei zunächst die Privatbahnverwaltung zu befragen, ob ein Einwand gegen den Betrieb erhoben wird. Nach der Auffassung dieses Erlasses wäre somit jede Privatbahndirektion Gesetzgeber, der die Blankettnorm des § 4 durch seine eigenen Anordnungen mit der Wirkung ausfüllt, daß die Staatsbehörden und die Staatsbürger daran gebunden sind!

Trotz dieser Konsequenz hält die Praxis und insbesondere der Verwaltungsgerichtshof [68]) daran fest, daß Standesvorschriften der in § 4 G. O. genannten Personen schlechtweg die gesetzliche Unfähigkeit zum Gewerbsantritte begründen. Dies entspricht der Absicht und dem Geiste des Gesetzes wohl nicht. Die Ausschließung vom Erwerb des Gewerberechtes kann sich nur auf ein Gesetz oder eine gehörig kundgemachte gesetzmäßige Verordnung gründen. Nur bezüglich der Rechtssätze aus der Zeit vor Einführung des Reichsgesetzblattes versagt das Kriterium der Kundmachung, es ist daher aus dem Sinne jeder einzelnen Norm zu entscheiden, ob sie als allgemein verbindliches Recht oder als Instruktion gedacht war. Hieher gehört vor allem das Hofkanzleidekret vom 23. September 1835 [69]). Danach dürfen landesfürstliche Beamte und Diener sich keiner Unternehmung widmen, welche eine Befangenheit im Amte begründen könnte, dem Anstand und der äußeren Ehre des Beamten widerstreitet oder seine Zeit auf Kosten seines Berufes in Anspruch nimmt. Ob diese Voraussetzungen vorhanden sind, kann die Gewerbebehörde *als solche* nicht entscheiden. Jenes Hofkanzleidekret ist also zweifellos im Rahmen der heutigen Rechtsordnung bloß als Dienstesvorschrift für die landesfürstlichen Beamten und Diener, nicht aber als gewerberechtliche Norm aufzufassen.

Überblicken wir das bisher Gesagte, so ergibt sich, daß nach dem heutigen Rechtszustande vom originären Erwerb des Gewerberechtes gesetzlich nur die Gewerbeinspektoren ausgeschlossen sind (Ges. v. 17. Juni 1883, R. G. B. Nr. 117, § 17). Nur diesen ist der Gewerbsantritt verwehrt. Alle anderen Personenkategorien, Beamte, Militärpersonen, Geistliche usw. mögen sich durch den Antritt eines Gewerbes disziplinär verantwortlich machen, *verhindert* dürfen sie daran nicht werden, vorausgesetzt, daß es sich nicht um ein konzessioniertes Gewerbe

---

[68]) Vgl. u. a. die Entsch. v. 14. Dez. 1900, Z. 7610, B. 14940.
[69]) P. G. S. Bd. 63, S. 395.

handelt. Aber auch zum Antritt eines solchen können sie zugelassen werden, wenn die Behörde der Anschauung ist, daß die Allgemeinheit an der Beobachtung der besonderen Standesvorschriften des Bewerbers nicht interessiert ist. Keinesfalls darf auf das nachträgliche Aufkommen der Eigenschaft als Beamter, Militärperson, Geistlicher die Zurücknahme des Gewerberechtes nach § 57, Abs. 1, gegründet werden.

3. Kumulationsverbote: In zwei Fällen bildet die Tatsache, daß jemand ein Gewerberecht besitzt oder es als Stellvertreter oder Pächter ausübt, ein Hindernis für den Erwerb anderer gleichartiger Gewerberechte.

Diese Fälle sind:

a) Eine Person darf in einer und derselben Ortschaft (nicht Gemeinde) nur eine Konzession zum Ausschank und Kleinverschleiß gebrannter geistiger Getränke besitzen oder als Stellvertreter oder Pächter ausüben (§ 19, Abs. 1);

b) eine Person darf in einer Ortschaft höchstens zwei Konzessionen zu einem der übrigen Gast- und Schankgewerbe besitzen oder als Stellvertreter oder Pächter ausüben (§ 19, Abs. 1).

Ungesetzlich ist immer erst der Erwerb des zweiten, bzw. dritten Gewerberechtes, oder dessen Ausübung. Der Rechtsbestand des ersterworbenen, bzw. der ersten beiden Rechte wird durch nachträglichen Erwerb oder Betrieb eines anderen Gewerbes nicht berührt [70]). Der Mangel des zweiten (dritten) Rechtserwerbes wird jedoch behoben, wenn das erste Gewerberecht (eines der ersten beiden Gewerberechte) zurückgelegt wird.

4. Der Befähigungsnachweis: Zum Antritt einer Reihe von Gewerben ist eine besondere Befähigung erforderlich. Diese Gewerbe sind:

a) die handwerksmäßigen Gewerbe (§ 14, Abs. 1, § 1, Abs. 2 bis 5);
b) die im § 38, Abs. 3 und 4, erwähnten Handelsgewerbe (§ 13a), Abs. 1);
c) die im § 23, Abs. 1, und § 24, Abs. 2, genannten konzessionierten Gewerbe;
d) die nach § 23, Abs. 3, im Verordnungswege bezeichneten Kategorien der Gast- und Schankgewerbe;
e) die konzessionierten Baugewerbe (Ges. v. 26. Dezember 1893, R. G. B. Nr. 193, § 23, Abs. 2 G. O.).

---

[70]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 11. April 1885, Z. 730.

Bei allen Arten des sogenannten Befähigungsnachweises ist zwischen der materiellen Befähigung und der formellen Erbringung des Nachweises zu unterscheiden. Fehlt die erstere, so liegt ein gesetzlicher Mangel vor, welcher die Zurücknahme des Rechtes rechtfertigen kann. Die Unterlassung der formellen Erbringung des Nachweises hätte Nichtigkeit wegen mangelhaften Verfahrens zur Folge.

Die materielle Qualifikation müssen, soferne die Voraussetzungen der Reziprozität erfüllt sind und besondere Vorschriften nicht etwas anderes normieren, auch Ausländer besitzen, welche in Österreich ein an eine besondere Befähigung gebundenes Gewerberecht erlangen wollen. Hingegen genügt die formelle Erbringung nach den Vorschriften jenes Landes, in welchem die Qualifikation erworben wurde, eventuell jede Art von formlosen Bestätigungen, welche der österreichischen Gewerbebehörde glaubwürdig erscheinen[71]).

Was zur Befähigung und zur Erbringung des Befähigungsnachweises erforderlich ist, ist bei den einzelnen Gewerbsarten verschieden.

A. Der Befähigungsnachweis bei handwerksmäßigen Gewerben. 1. Fähig zum Betrieb eines handwerksmäßigen Gewerbes ist derjenige, welcher:

a) die Lehrzeit zurückgelegt,

b) die Gesellenprüfung bestanden, und

c) die Verwendungszeit als Gehilfe absolviert hat.

a) Zur Zurücklegung der Lehrzeit ist erforderlich eine auf Grund eines Lehrvertrages erfolgte Verwendung „zur praktischen Erlernung des Gewerbes“ (§ 97), also unter den Augen und unter der Leitung des Lehrherrn[72]). Gewerbe ist diejenige Gewerbskategorie im Sinne der Aufzählung des § 1, zu welcher der Befähigungsnachweis erbracht werden soll, doch kann der Betrieb auch ein fabriksmäßiger sein. Der Lehrvertrag kann auch mündlich[73]), ja auch stillschweigend abgeschlossen werden. Einhaltung der Form des § 99 ist nicht erforderlich, denn dieser Paragraph normiert bloß Pflichten des Lehrherrn, nicht aber Bedingungen der Befähigung des Lehrlings. Darauf

---

[71]) Vgl. auch Heller, Das österr. Gewerberecht, 147, 148.

[72]) V. G. H. v. 28. Apr. 1898, Z. 2278, B. 11662.

[73]) Erl. d. Hand. Min. i. Einv. m. d. Min. d. Inn. v. 15. März 1907, Z. 5942, Vdgs.-Bl. d. Min. d. Inn. 1907, S. 263. Vgl. auch V. G. H. v. 9. Febr. 1895, Z. 689, B. 8400.

deutet schon der Zusammenhang und der Schlußsatz dieses Paragraphen hin. Besonders wird es aber durch den Umstand dargetan, daß § 99 in seiner Gestalt vor der Novelle von 1907, nämlich in dem der Novelle vom 23. Feber 1897, R. G. B. Nr. 63, wie auch schon der ihm entsprechende § 90 der Gewerbeordnung von 1859 in ihrer ursprünglichen Gestalt den Lehrvertrag nur für die Aufnahme minderjähriger Lehrlinge vorschrieb, trotzdem der Befähigungsnachweis für großjährige Lehrlinge nicht verschieden von dem für minderjährige war.

Für die Dauer der Lehrzeit sind § 14, vorletzter Absatz, und § 99 b), Abs. 4 ff., maßgebend. Ersterer ordnet an: „Die Lehrzeit darf nicht weniger als zwei und nicht mehr als vier Jahre betragen. Innerhalb dieser Grenzen hat die Genossenschaftsversammlung .... die Dauer der Lehrzeit für die der Genossenschaft angehörigen Lehrlinge festzusetzen. Bei Abgang solcher statutarischen Festsetzungen wird die Zahl der Lehrjahre innerhalb der obigen Zeitgrenzen durch den Lehrvertrag vereinbart." § 99 b) sieht eine Verlängerung der Lehrzeit, jedoch höchstens um ein halbes Jahr, in folgenden drei Fällen vor:

α) wenn der Lehrling durch eigenes Verschulden einen genügenden Unterrichtserfolg nicht erreicht;

β) wenn er im Disziplinarwege vom Schulunterrichte zeitweilig ausgeschlossen wird;

γ) wenn er die vorgeschriebene Lehrlingsprüfung (Gesellenprüfung) vor Beendigung der Lehrzeit nicht bestanden hat. —

Das Gesetz sagt, daß unter den Voraussetzungen α) und β) die Lehrzeit verlängert werden kann. Freies Ermessen wollte es damit der Gewerbebehörde wohl nicht einräumen. Sie hat zu untersuchen, ob der Zweck des Lehrverhältnisses, die Ausbildung des Lehrlings, eine Verlängerung der Lehrzeit nötig macht oder nicht, und auf Grund dieser Würdigung des Tatbestandes ihre Entscheidung zu treffen.

Unterbrechungen der Lehrzeit sind nicht verboten, daher zulässig[74]). Der Grundsatz der Gewerbefreiheit erfordert es, daß auch der Befähigungsnachweis an keine strengeren Voraussetzungen geknüpft werde, als welche das Gesetz ausdrücklich aufstellt.

---

[74]) V. G. H. v. 28. Apr. 1898, Z. 2278, B. 11662; Heller, Das öst. Gewerberecht, 147.

Der Verwendung als Lehrling in einem handwerksmäßigen Gewerbe steht die Verwendung in einem der gemäß § 14 b), Abs. 2, im Verordnungswege bestimmten Betriebe, daher auch in einer Besserungsanstalt[75]), gleich.

Die Absolvierung der Lehrzeit wird gänzlich ersetzt durch den mit Erfolg zurückgelegten Besuch einer den Anforderungen des § 14 a), Abs. 1 und 6, entsprechenden Unterrichtsanstalt[76]).

Die politische Landesbehörde ist nach § 14 c), Abs. 2, ermächtigt, nach ihrem freien Ermessen[77]) von der Absolvierung der Lehrzeit zu dispensieren, doch sind bei sonstiger relativer Nichtigkeit der Dispens und des darauf begründeten Rechtserwerbes die Handels- und Gewerbekammer und die Genossenschaft zu hören (§ 14 c, Abs. 2). Erteilung der Dispens nach erfolgter Anmeldung macht die Anmeldung mit Wirkung ex nunc gültig[78]).

b) Die Gesellenprüfung ist vor der gemäß § 104 b) zuständigen und zusammengesetzten Kommission abzulegen. In welchem Zeitpunkte die Prüfung bestanden wurde und ob die Vorschriften der Prüfungsordnung (§ 104 c) eingehalten wurden, ist für die Qualifikation zum Gewerbsantritte belanglos. Auch von der Gesellenprüfung kann gemäß § 14 c) nach den bereits besprochenen Grundsätzen dispensiert werden.

c) Die Verwendung als Gehilfe umfaßt die Verwendung zu allen Arten von Ausübungsformen des betreffenden Handwerkes, nicht aber etwa zu kaufmännischen oder Gesindediensten[79]). Sie kann in einem Gewerbe- oder Fabriksbetriebe erfolgen.

Gehilfe ist nur, wer unter der Leitung eines anderen arbeitet. Daher ist weder ein etwa vorausgegangener befugter selbständiger Betrieb[80]), noch ein unbefugter, welcher durch die An-

---

[75]) Vgl. den oben in Anm. 73 zitierten Min. Erl. a. a. O., S. 256.

[76]) Vgl. die Vdg. v. 27. Juli 1907, R. G. B. Nr. 193, u. den Hand. Min. Erl. v. 27. Juli 1907, Z. 22105, Amtsbl. f. d. Handels- u. Gewerbeverw. II, 154.

[77]) Vgl. u. a. V. G. H. v. 18. Dez. 1905, Z. 12417; Mataja, a. a. O. 24; Kulisch, a. a. O. I, 253; Heller, Das öst. Gewerberecht, 177.

[78]) Vgl. auch Komorzynski im Öst. Staatswörterbuch, 2. Aufl. II, 628.

[79]) Mataja, a. a. O. 23.

[80]) V. G. H. v. 29. Sept. 1906, Z. 8029, B. 4643 A.

meldung eines angeblichen Arbeitgebers gedeckt wurde[81]), in die Gehilfenzeit einzurechnen.

Die Verwendung kann in einem handwerksmäßigen Betriebe der betreffenden Kategorie, in einem Fabriksbetrieb oder in einem dem Gewerbe gleichartigen Werkstättenbetrieb einer Fabrik (§ 14, P. 2), oder endlich in einer der im § 14 b) genannten Beschäftigungen erfolgen. Ob die Gesellenprüfung bereits abgelegt war, ob die Verwendung also als „Gehilfe" oder als „Geselle" im technischen Sinn (§ 104, Abs. 3) erfolgte, ist gleichgültig (§ 14, Abs. 2, P. 2 und letzter Absatz). Die Dauer der Verwendung hat in der Regel drei Jahre (§ 14, letzter Absatz), in den Fällen des § 14 a), Abs. 2 und 3, ein Jahr zu betragen. Auch hier sind Unterbrechungen zulässig.

Bei denjenigen, welche die Lehrzeit gemäß § 14 und nicht durch Schulbesuch gemäß § 14 a), Abs. 1, zurückgelegt haben, kann die Verwendung als Gehilfe durch mindestens dreijährigen Besuch einer den Bestimmungen des § 14 a), Abs. 4 und 5, entsprechenden Schule ersetzt werden[82]). Ein Erfolg des Schulbesuches ist hier nicht gefordert.

d) Andere als die genannten Erfordernisse sind für die Befähigung nicht wesentlich. Denn der Gewerbebetrieb darf nicht mehr Beschränkungen unterworfen werden, als das Gesetz normiert. Es schadet daher nicht, wenn die Lehr- und Arbeitszeit bei einem Unbefugten zurückgelegt wurde[83]), ebensowenig, wenn dem Lehrherrn die Befugnis, Lehrlinge zu halten, entzogen war[84]).

e) Frauenspersonen können die Befähigung zum Antritt eines der gemäß § 14 d), Abs. 1 und 2, im Verordnungswege bestimmten Gewerbe[85]) auch auf andere Weise erwerben. Die Entscheidung, ob sie befähigt sind, unterliegt der Würdigung des Tatbestandes durch die Behörde, nicht aber etwa

---

[81]) V. G. H. v. 11. Mai 1907, Z. 4443, Amtsbl. f. d. Handels- I. Gewerbeverw. II, 251.

[82]) Vgl. oben Anm. 76.

[83]) Brockhausen, Ztschr. f. Verw. XVII, 162; Kulisch, a. a. O. I, 247, nur bezüglich der Arbeitszeit Mataja, a. a. O. 23. Die Praxis des Verwaltungsgerichtshofes hat sich dagegen ausgesprochen, so die E. v. 26. Sept. 1894, Z. 3526, B. 8053, v. 24. Apr. 1896, Z. 2550, B. 9573, u. v. 21. Nov. 1900, Z. 8005, B. 14831. Gegen die im Texte vertretene Ansicht auch Heller, Das öst. Gewerberecht, 25.

[84]) Mataja, a. a. O.

[85]) Vgl. die Vdg. v. 2. Aug. 1907, R. G. B. Nr. 194.

deren freiem Ermessen[86]). Eine zweifellos befähigte Person darf also nicht etwa z. B. wegen Mangels an Lokalbedarfes ausgeschlossen werden. Daher ist auch der Verwaltungsgerichtshof kompetent, auf Grund des aktenmäßigen Tatbestandes zu überprüfen, ob die Bewerberin fähig ist oder nicht. Die Entscheidung über die Qualifikation der Bewerberin ist daher ein Teil des Erkenntnisses über die gesetzlichen Voraussetzungen des Rechtserwerbes. Fällt diese Entscheidung günstig aus, so war die Anmeldung ex tunc gültig, eine vor der Erteilung des Gewerbescheines aber nach der Anmeldung erfolgte Betriebseröffnung wäre als befugt zu betrachten[87]).

Für das Frauen- und Kinderkleidermachergewerbe normiert § 14 d), Abs. 3, besondere Voraussetzungen[88]). Auch hier besteht wohl kein freies Ermessen.

Die Bestimmungen des § 14 d) betreffen nur Inhaberinnen, nicht auch Stellvertreterinnen und Pächterinnen anderer Gewerbe oder männlicher Inhaber[89]). Sie gelten für alle Inhaberinnen, daher auch für weibliche Mitglieder von Gesellschaften[90]), ferner die männlichen Stellvertreter und Pächter der Inhaberin[91]).

f) Eine eigentümliche Erleichterung des Antrittes handwerksmäßiger Gewerbe gewährt § 14 e) den Handelsgesellschaften. Es entspräche der juristischen Natur der Gesellschaft, daß alle Gesellschafter im Augenblicke des Rechtserwerbes, neueintretende im Moment ihres Eintrittes die Erwerbsfähigkeit besäßen. Das Gesetz begnügt sich aber damit, daß wenigstens ein zur Geschäftsführung oder Vertretung befugter Gesellschafter qualifiziert ist. Dies ist ein Anklang an die bis zur Novelle von 1907 geübte Praxis, die Handelsgesellschaften als juristische Personen zu betrachten. Es wurde in der Regel einer der Gesellschafter als Stellvertreter im Sinne

[86]) Vgl. auch den Erl. d. Hand. Min. i. Einv. m. d. Min. d. Inn. v. 16. Sept. 1883, Z. 26701.

[87]) A. M. Komorzynski im Öst. Staatswörterbuch, 2. Aufl., II, 628, indem er annimmt, im Falle der Dispenserteilung sei der Gewerbeschein ein inhaltlich konstitutiver Akt.

[88]) Vgl. die Vdg. v. 26. Juli 1907, R. G. B. Nr. 180, und den Erl. d. Hand. Min. v. 27. Juli 1907, Z. 23661. Amtsbl. f. d. Handels- u. Gewerbeverw. II, 156.

[89]) Komorzynski, Jur. Bl. XXXVI, 556.

[90]) A. M. Komorzynski, a. a. O.

[91]) V. G. H. v. 24. Mai 1907, Z. 3810, Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. II, 251.

des § 3 bestellt. Umgehungen der Gewerbeordnung sind bei dem jetzigen Rechtszustande fast ebenso leicht möglich, wie bei der früheren Praxis. Das Gesetz hätte dem Zweck, den es mit der Normierung des Befähigungsnachweises überhaupt verfolgt, besser entsprochen, wenn es den letzteren von allen geschäftsführenden Gesellschaftern verlangt hätte. Die Regierungsvorlage [92]) forderte ihn von mindestens einem geschäftsführenden, der Entwurf einer Gewerbenovelle von 1895 [93]) von den vertretungsbefugten Gesellschaftern [94]).

Für die anderen Gesellschaftsformen gilt der allgemeine Grundsatz, daß alle Gesellschafter im Augenblicke des Gewerbsantrittes, bzw. ihres Eintrittes in die Gesellschaft die Fähigkeit zum Rechtserwerbe besitzen müssen.

2. Der formelle Nachweis der Befähigung wird in der Regel durch Urkunden erbracht. Diese Urkunden sind: der Gesellenbrief, bzw. das Lehrzeugnis und das Zeugnis über die bestandene Gesellenprüfung (§ 14, Abs. 2, P. 1), das Arbeitszeugnis (§ 14, Abs. 2, P. 2), bzw. das diesem gleichgestellte Zertifikat der Militärbehörde (§ 14b), Abs. 1), endlich Schulzeugnisse.

Der Gesellenbrief muß von der Genossenschaftsvorstehung (§ 104, Abs. 2), das Prüfungszeugnis von der Prüfungskommission (§ 104d), Abs. 2) ausgestellt sein; über die Ausstellung der Zertifikate des § 14b), Abs. 1, entscheiden die im Verordnungswege zu erlassenden Vorschriften. Hiegegen kann beim Lehr- und beim Arbeitszeugnisse Ausstellung durch den Lehrherrn, bzw. Arbeitgeber nicht als wesentliches Erfordernis des Befähigungsnachweises angesehen werden, sonst ginge z. B. im Falle seines Todes die ganze bei ihm zurückgelegte Lehr-, bzw. Arbeitszeit verloren [95]). Es muß vielmehr als ausreichend angesehen werden, wenn es von einer Person ausgestellt ist, welche auf Grund persönlicher Wahrnehmung imstande ist, den Inhalt des Zeugnisses zu bestätigen. Der Verwaltungsgerichtshof [96]) hat ein von der Witwe des Gewerbsinhabers ausgestelltes Zeugnis

[92]) 2141 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVII. Session.

[93]) 1355 der zit. Beilagen, XI. Session.

[94]) Vgl. zum vorhergehenden die abweichenden Ansichten von Komorzynski, Jur. Bl. XXXVI, 553 ff.

[95]) So auch die Praxis, vgl. Kulisch, a. a. O. I, 249, Anm. 4, und Brockhausen a. a. O.; a. M. Kulisch, a. a. O. I, 249.

[96]) E. v. 29. Sept. 1906, Z. 10219, B. 4643 A.

ausdrücklich als zureichend anerkannt. „Denn es kann nicht als Absicht des Gesetzes hingestellt werden, einem zufälligen in der Person des Gewerbsinhabers eingetretenen Umstande (nämlich dessen Tode) solche Bedeutung zuzumessen, daß deren Hilfsarbeitern hiedurch der gesetzliche Nachweis ihrer ordnungsmäßig verbrachten Arbeitszeit überhaupt unmöglich gemacht werde. Es ist vielmehr durchaus zulässig, daß in derartigen Fällen die Angaben über die maßgebenden tatsächlichen Momente der Arbeitsleistung, also insbesondere über die Art der Beschäftigung und die Arbeitsdauer von den rechtlich zur Vertretung des Gewerbsinhabers berufenen Personen, bzw. von seinen Rechtsnachfolgern in Form eines Arbeitszeugnisses abgegeben werden, welches, die Einhaltung der sonstigen gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt, einem vom Arbeitgeber selbst angefertigten Zeugnisse gleichgehalten werden kann."

Auch der Erlaß des Handelsministeriums im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern v. 31. März 1906, Z. 26.052, ex 1905 [97]), erkennt an, daß sich die Gewerbebehörde statt eines Zeugnisses mit einem Zeugennachweise oder einem sonst geeigneten Beweise begnügen könne.

Im Falle des § 14b) wird das Zeugnis von der mit der entsprechenden Fachbildung ausgestatteten und zur Anleitung des Lehrlings berufenen Person auszustellen sein; bei verpachteten Gewerben vom Pächter, im Falle der Stellvertretung durch den Inhaber oder Stellvertreter; wenn der Inhaber gewerberechtlich handlungsunfähig ist, durch den Stellvertreter usw., oder aber durch andere Personen, welche auf Grund eigener Wahrnehmung in der Lage sind, die entsprechende Verwendung des Bewerbers zu bezeugen.

Das Lehrzeugnis ist von der Gemeindebehörde des Standortes (§ 14, Abs. 2), das Arbeitszeugnis von der Genossenschaftsvorstehung, bzw. von der Gemeindebehörde (§ 14, Abs. 4) zu bestätigen. Die Bestätigung bezieht sich auf die Richtigkeit des Inhaltes, nicht etwa bloß auf die Echtheit [98]). Sie ist ein wesentliches formelles Erfordernis des Befähigungsnachweises [99]). Bestätigung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses gibt Veranlassung zur Handhabung des Aufsichtsrechtes, das der politischen Be-

[97]) Norm. Slg. 5330.

[98]) V. G. H. v. 19. Febr. 1903, Z. 2062, B. 1560.

[99]) V. G. H. v. 2. Juli 1902, Z. 6085, B. 1178 A., und vom 20. Jänner 1906, Z. 821, B. 4105 A.

hörde nach § 127 G. O., bzw. nach den Gemeindeordnungen zusteht, wobei sie im einzelnen Fall auch selbst die Bestätigung erteilen darf[100]).

Aus dem Inhalte des Zeugnisses muß sich ergeben, daß die materiellen Voraussetzungen des Befähigungsnachweises erfüllt sind. Dagegen ist unbedingte materielle Wahrheit des Zeugnisses kein wesentliches Formerfordernis. Es genügt z. B., wenn die tatsächlich zugebrachte und die im Zeugnis angeführte Gehilfenzeit das gesetzliche Minimum erreicht oder übersteigt; ob aber die im Zeugnis angegebene Dauer mit der tatsächlichen übereinstimmt, ist gleichgültig. Würde dagegen die wirkliche oder die im Zeugnis angegebene Arbeitszeit das zum Befähigungsnachweis erforderliche Minimum nicht erreichen, so würde jeder dieser Mängel für sich den Befähigungsnachweis vereiteln.

Die Urkunden, durch welche die Befähigung dargetan wird, werden meist der Anmeldung beigelegt, doch können sie noch bis zu dem Augenblicke beigebracht werden, in welchem die Entscheidung über die Verweigerung des Gewerbescheines und die Untersagung des Betriebes formell rechtskräftig wird[101]). Eine spätere Erbringung könnte nur zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen.

Nach dem bis zur Novelle von 1907 geltenden Rechte war anzunehmen, daß diese Zeugnisse auch mündlich erbracht werden konnten[102]), denn das Gesetz forderte nirgends Schriftlichkeit. Es unterlag daher der Beurteilung durch die Behörde, ob z. B. die Aussage des Gemeindevorstehers ein „Zeugnis" im Sinne des Gesetzes war. Nach der Novelle von 1907 kann aber die politische Landesbehörde nach Anhörung der Berufskorporationen von der Beibringung des Arbeitszeugnisses absehen, wenn die Verwendung als Gehilfe „in anderer Art zweifellos nachgewiesen wird" (§ 14 c), Abs. 3). Dieser Satz ist nur verständlich, wenn man unter Arbeitszeugnis ein schriftliches[103]) und unter der

[100]) Erl. d. Hand. Min. v. 31. März 1906, Z. 26052 ex 05, Amtsbl. f. d. Handels- u. Gewerbeverw. I, 124. Vgl. auch V. G. H. v. 8. Jänner 1906, Z. 24.

[101]) V. G. H. v. 29. Sept. 1906, Z. 10219, B. 4643 A.

[102]) Erl. d. n.-öst. Statth. v. 8. März 1884, Z. 10756, Norm. Slg. 1540, Erl. d. Min. d. Inn. v. 21. Jänner 1886, Z. 19522, Ztschr. f. Verw. XVII, 161; Kulisch, a. a. O. I, 249 u. a.

[103]) So auch der Motivenbericht zur Regierungsvorlage, zu 2141 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XVII. Session, S. 4.

„anderen Art" ein mündliches versteht. Denn eine dritte Art von Beweis läßt sich hier kaum denken. Es ist also nach gegenwärtigem Recht anzunehmen, daß Schriftlichkeit des Arbeitszeugnisses erforderlich ist und diese Schriftlichkeit nur durch die Dispens nach § 14c), Abs. 3, ersetzt werden kann. Dasselbe muß aber auch für den Gesellenbrief, das Lehrzeugnis und das Zeugnis über die bestandene Gesellenprüfung gelten. § 14c), Abs. 2, regelt eben nicht bloß die Dispens von der Befähigung, sondern auch vom formellen Nachweis derselben. Von der schriftlichen Erbringung dieser Zeugnisse kann also gegenwärtig ebenfalls nur im Falle der Dispens abgesehen werden. So hat die Norm des § 14c), Abs. 3, die eine Erleichterung bezweckte[104]), eine bedeutende Erschwerung herbeigeführt, da sie statt an die gesunde und freie Auffassung der Praxis an den scheinbaren Wortsinn des bisherigen Gesetzes angeknüpft hat.

Es ist anzunehmen, daß, wenn nach § 14c), Abs. 1—3, nicht von der materiellen Befähigung, sondern nur von der formellen Erbringung des Nachweises dispensiert werden soll, das freie Ermessen ausgeschlossen ist und der Befähigungsnachweis immer dann als erbracht anzusehen ist, wenn die Befähigung „in anderer Art zweifellos nachgewiesen wird" (§ 14c), Abs. 3). Denn an eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen kann hier wohl nicht gedacht sein. An die Stelle des freien Ermessens tritt nach der Natur der Sache die freie Beweiswürdigung.

Eine Dispens von der Erbringung von Schulzeugnissen ist im Gesetze nicht vorgesehen. Da nach dem früher Gesagten auch hier Schriftlichkeit gefordert werden muß, so bleibt im Falle des Verlustes der Urkunde nur der Ausweg, sich von der betreffenden Unterrichtsanstalt ein Duplikat zu beschaffen.

Frauenspersonen bedürfen zum Antritt eines der gemäß § 14d), Abs. 1 und 2, im Verordnungswege bestimmten Gewerbe keiner formellen Nachweise. Es genügt die in der Anmeldung oder später (wie oben) vorgebrachte Behauptung, daß solche Tatsachen vorliegen, welche die Zulassung nach § 14d) begründen. Bezüglich der besonderen Vorschriften des § 14d), Abs. 3ff., für das Frauen- und Kinder-

---

[104]) Vgl. den Motivenbericht zur Regierungsvorlage a. a. O.

kleidermachergewerbe gilt das allgemein von den Lehr- und Schulzeugnissen Ausgeführte.

Auch derjenige braucht seine Befähigung nicht neuerlich darzutun, welcher das Gewerberecht bereits in einer anderen Gemeinde besessen hat (§ 43) oder welcher es bereits früher erworben, dann aber zurückgelegt hatte (§ 14 c), Abs. 5), gleichviel in welcher Gemeinde. Hier tritt an Stelle des Befähigungsnachweises der Nachweis der Berechtigung in einer anderen Gemeinde, bzw. des früheren Besitzes eines derartigen Rechtes.

Von der Befähigung und dem Befähigungsnachweise kann die politische Landesbehörde gemäß § 14 c), Abs. 1, nach ihrem freien Ermessen[105]) dispensieren, jedoch nur, um den Übergang zu einem verwandten Gewerbe oder den gleichzeitigen Betrieb verwandter Gewerbe zu ermöglichen.

Die in den Fällen der §§ 14 c) und 14 d) normierte Hörung der Berufskörperschaften ist ein wesentliches Erfordernis, dessen Außerachtlassung relative Nichtigkeit gegenüber der vom rechtlichen Gehör ausgeschlossenen Berufskörperschaft begründen würde[106]). Dasselbe gilt von der Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 14 f), wonach der Genossenschaft die Möglichkeit zu gewähren ist, innerhalb dreier Wochen Einsicht in die Nachweisdokumente zu nehmen und ein Gutachten über den erbrachten Nachweis zu erstatten.

B. Die Befähigung zum Gemischt-, Kolonial-, Spezerei- und Materialwarenhandel (§ 38, Abs. 3 und 4) ist nach § 13 a) an zwei Voraussetzungen gebunden:

a) Die zurückgelegte Lehrzeit,

b) die zurückgelegte Dienstzeit in einem Handelsgewerbe.

Die Ablegung einer Prüfung ist hier nicht wesentlich (§ 104, Abs. 2). Sowohl die Lehrzeit als die Dienstzeit können in jedem Handelsgewerbe, nicht nur in demselben Handelszweige, zurückgelegt worden sein[107]). Für die Dauer der Lehrzeit gilt das bei den handwerksmäßigen Gewerben Gesagte. Die Dienst-

---

[105]) Vgl. oben Anm. 77. Instruktionen, wann von dem freien Ermessen Gebrauch zu machen ist, gibt der Erl. d. Min. d. Inn. v. 16. Sept. 1883, Z. 26701.

[106]) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 201 u. 272, Anm. 8.

[107]) Erl. d. Hand. Min. i. Einv. m. d. Min. d. Inn. v. 15. März 1907, Z. 5942, Vdgs.-Bl. d. Min. d. Inn. 1907, S. 255.

zeit muß so bemessen sein, daß die gesamte Verwendung, die Lehrzeit eingerechnet, fünf Jahre umfaßt.

Lehrling ist auch hier, wer auf Grund eines Lehrvertrages zur praktischen Erlernung des Gewerbes verwendet wird. Es gelten die oben dargelegten Grundsätze. Die Dienstzeit in einem Handelsgewerbe entspricht nur dann der gesetzlichen Voraussetzung, wenn die Verwendung zu einer gewerblichen Beschäftigung, nicht etwa zu den Verrichtungen eines Dienstboten, erfolgte.

Die Lehrzeit wird nach § 13a), Abs. 3, durch die Verwendung als Praktikant bei der Bureau- und Kontorarbeit in einem fabriksmäßigen Produktionsgewerbe durch wenigstens zwei Jahre (§ 14, vorletzter Absatz) ersetzt, die Dienstzeit in einem Handelsgewerbe durch die Dienstzeit in einem Produktionsgewerbe, gleichgültig, ob es ein fabriksmäßiges ist oder nicht und gleichgültig, ob die Verwendung unmittelbar beim Warenverkaufe oder zur Bureau- und Kontorarbeit erfolgte.

An Stelle der besprochenen kann ganz oder teilweise die gemäß § 13a), Abs. 4, durch Schulbesuch erworbene Befähigung treten[108]). Zum Gewerbsantritte durch Handelsgesellschaften genügt es, daß wenigstens ein geschäftsführender oder vertretungsbefugter Gesellschafter die Befähigung erworben hat (§ 13a), Abs. 5).

Unter den Voraussetzungen des § 13a), Abs. 6, kann die Gewerbebehörde erster Instanz nach ihrem freien Ermessen die Dispens von der Befähigung erteilen.

Von der formellen Erbringung des Befähigungsnachweises gilt das bei den handwerksmäßigen Gewerben Gesagte, nur tritt an Stelle des Gesellenbriefes der Lehrbrief (§ 104, Abs. 2), und ist zur Dispens nach § 13a), Abs. 6, die Gewerbebehörde erster Instanz zuständig. Die Verfahrensvorschrift des § 14f) findet keine Anwendung[109]).

C. Die Befähigung zu den im § 23, Abs. 1, und § 24 genannten konzessionierten Gewerben ist nicht einheitlich geregelt, sondern zum größten Teile dem Verordnungswege überlassen (§ 23, Abs. 1)[110]). Durch eine der-

[108]) Vgl. die Vdg. v. 13. Aug. 1907, R. G. B. Nr. 198, u. d. Erl. d. Hand. Min. v. 13. Aug. 1907, Z. 24999, Amtsbl. f. d. Handels- u. Gewerbeverw. II, 150.

[109]) Heller, Das öst. Gewerberecht, 171.

[110]) Vgl. die Vdg. v. 6. Aug. 1907, R. G. B. Nr. 196.

artige Verordnung wird eine gesetzliche Voraussetzung des Rechtserwerbes geschaffen, von welcher auch das Ministerium selbst im einzelnen Falle nicht abgehen kann[111]). Hiedurch unterscheidet sich diese Befähigung von sonstigen Bedingungen des Rechtserwerbes, welche die Gewerbebehörde vermöge ihres freien Ermessens bei allen konzessionierten Gewerben aufstellen kann und wie sie häufig in Form von Instruktionen der Oberbehörde an die Unterbehörde normiert werden. Allerdings ist es denkbar, daß auch eine Verordnung, ebenso wie ein Gesetz selbst, bloße Instruktionen gibt. Hierüber kann nur die Interpretation entscheiden. Da aber § 23, Abs. 1, eine gesetzliche Delegation ausdrücklich ausspricht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß jede ordnungsgemäß kundgemachte Verordnung, welche die Befähigung zum Antritte konzessionierter Gewerbe regelt, als Rechtsverordnung und nicht bloß als Verwaltungsverordnung gewollt ist[112]).

Es ist zu beachten, daß die Entscheidung, ob die gemäß § 23, Abs. 1, oder § 24, Abs. 2, geforderte Befähigung vorhanden ist, der Rechtskraft fähig ist. Dagegen kann nicht rechtskräftig entschieden werden, ob eine nach freiem Ermessen gestellte Bedingung erfüllt ist, selbst dann nicht, wenn die Unterbehörde instruktionsgemäß an die Einhaltung dieser Bedingung gebunden ist.

Vor der Verleihung einer Konzession, zu deren Erlangung eine Befähigung erforderlich ist, hat die Gewerbebehörde der Genossenschaft während dreier Wochen Gelegenheit zur Einsicht in die Nachweisbelege zu geben (§ 23a), Abs. 1). Eine Außerachtlassung dieser Vorschrift hätte relative Nichtigkeit der Konzession gegenüber der Genossenschaft zur Folge[113]).

Handelsgesellschaften genießen gemäß § 23a), Abs. 4, dieselbe Begünstigung, wie beim Antritte handwerksmäßiger Gewerbe und es gilt diesfalls das oben unter A 1. f) über § 14e) Ausgeführte. Ist das Unternehmen ein fabriksmäßiges, so sind die Bedingungen des Rechtserwerbes noch weiter erleichtert, indem es dann genügt, daß ein etwa bestellter Stellvertreter oder Pächter den Befähigungsnachweis erbringt, ohne daß überdies

---

[111]) Vgl. statt vieler Jellinek, Gesetz und Verordnung, 395; Otto Mayer, Theorie des französ. Verwaltungsrechtes, 170, und Deutsches Verw.-R. I, 89.

[112]) Laband, Das Staatsr. d. Deutschen Reiches II, 170.

[113]) Bernatzik, a. a. O. 201 u. 272, Anm. 8.

ein geschäftsführender Gesellschafter die Qualifikation besitzen müßte[114]).

Die politische Landesbehörde kann unter den Voraussetzungen des § 14c), Abs. 1, nach ihrem freien Ermessen von der verordnungsmäßig geforderten Befähigung sowie von dem formellen Nachweise derselben dispensieren. Auch außer diesem Falle kann sie von der etwa geforderten Zurücklegung der Lehrzeit, nicht auch der Arbeits- oder Verwendungszeit, sowie von der formellen Beibringung von Lehr- oder Arbeitszeugnissen absehen (§§ 14c), Abs. 2 und 3, und 23a). Hiefür gelten sinngemäß die bereits erörterten Grundsätze.

D. Die Befähigung zu den gemäß § 23, Abs. 3, im Verordnungswege bezeichneten Kategorien von Gast- und Schankgewerben sowie der formelle Nachweis dieser Befähigung kann nach freiem Ermessen der verordnenden Behörde an besondere Voraussetzungen geknüpft werden. Eine derartige Verordnung ist nach § 23, Abs. 4, nur zulässig, wenn durch fachgenossenschaftliche Einrichtungen und fachliche Unterrichtsanstalten für die vollständige Ausbildung des Nachwuchses vorgesorgt ist. Diese Bestimmung hat jedoch kaum praktische Bedeutung. Denn wenn die Verordnung auch gesetzwidrig ist, so kommt sie doch als Instruktion in Betracht, durch welche das Ministerium das freie Ermessen der Unterbehörden bei der Konzessionserteilung bindet, und die Konzessionswerber wären genötigt, sich diesen Voraussetzungen anzupassen. Der Verwaltungsgerichtshof aber kann eben wegen des freien Ermessens nicht in die Lage kommen, die Gültigkeit jener Verordnung zu überprüfen. Jener Satz des § 23, Abs. 4, könnte daher nur dann praktische Bedeutung gewinnen, wenn der Minister wegen dessen Verletzung zur Verantwortung gezogen würde.

Der Unterschied zwischen verordnungsmäßigen und instruktionsmäßigen Bedingungen ist auch hier wie oben zu beachten.

E. Die Befähigung zu den konzessionierten Baugewerben ist in den §§ 9ff. des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, R. G. B. Nr. 193, ausführlich geregelt. Sie wird durch die Erlernung des Gewerbes (§ 10), die praktische Ausbildung (§§ 11 und 12) und die Ablegung einer Prüfung (§ 13)

---

[114]) Vgl. auch Komorzynski, Jur. Bl. XXXVI, 556, 557.

erworben. Besondere Formen für die Erbringung des Nachweises sind nicht vorgesehen. Eine Dispens ist nicht statthaft (§ 23a), Abs. 3 G. O.).

5. Verläßlichkeit: § 23, Abs. 1, fordert zum Antritt eines jeden konzessionierten Gewerbes „Verläßlichkeit mit Beziehung auf das betreffende Gewerbe", d. h. auf die spezielle Gewerbsart[115]). Ob diese Voraussetzung vorliegt, entscheidet die Behörde nach freier Würdigung des Tatbestandes. Die Entscheidung ist der Rechtskraft fähig. Wurde daher z. B. ein Konzessionsgesuch wegen Unverläßlichkeit abgewiesen, so ist eine Wiederholung desselben ohne Vorbringung neuer Tatsachen unzulässig. Durch Erteilung der Konzession wird die Verläßlichkeit rechtskräftig festgestellt. Eine Warnung nach § 139, Abs. 3 b), setzt daher voraus, daß nach der Konzessionserteilung ein neuer, tatsächlicher Umstand, welcher die Verläßlichkeit beeinträchtigt, eingetreten ist.

Der Verlust der Verläßlichkeit ist keine „Straffolge" und unterliegt daher nicht den Beschränkungen der Strafgesetznovelle, wie bisweilen behauptet wird[116]). Dies geht aus dem früher bei der Besprechung von § 5 G. O. Ausgeführten hervor.

6. Unbescholtenheit: § 18, Abs. 1, verlangt zum Antritte eines Gast- und Schankgewerbes Unbescholtenheit des Bewerbers. Mit dieser Forderung geht das Gesetz offenbar über die für alle Gewerbe geforderte Voraussetzung des § 5 hinaus[117]). Auch über dieses Erfordernis hat die Behörde nach freier Würdigung des Tatbestandes mit der Wirkung materieller Rechtskraft zu erkennen.

III. Nur wer nach den im vorhergehenden erörterten Bestimmungen des II. Hauptstückes der Gewerbeordnung nicht vom Erwerb des Gewerberechtes ausgeschlossen ist, erwirbt durch die Anmeldung das Recht des Gewerbsinhabers, bzw. darf eine Konzession erhalten. Die Anmeldung durch einen Unfähigen hätte die Untersagung nach § 13, Abs. 2, zur Folge, ein trotzdem erteilter Gewerbeschein ebenso wie eine dem Unfähigen erteilte Konzession wären zurücknehmbar, wenn die Behörde den Mangel zur Zeit der Entscheidung weder kannte noch kennen mußte. War der Unfähigkeitsgrund der Behörde zu jener Zeit bekannt, so kann ein Nichtigkeitsgrund vorliegen. Anderen-

[115]) Mataja, a. a. O. 25, Kulisch, a. a. O. I, 266.
[116]) So von Heilinger im Archiv f. öfftl. Recht X, 597.
[117]) Mataja, a. a. O. 27.

falls wäre rechtskräftig entschieden, daß eben jener Mangel nicht bestehe, jede hievon abweichende Privatansicht wäre rechtlich bedeutungslos.

3. Die gewerberechtliche Handlungsfähigkeit.

Nicht jeder Inhaber kann sein Gewerberecht persönlich, durch eigene Willenshandlungen, unmittelbar, ausüben. Dies wird sofort klar, wenn man etwa an den Fall denkt, daß ein Kind, sei es als erbberechtigter Deszendent, sei es durch den Erwerb eines Realgewerbes, die Stellung eines Gewerbsinhabers erlangt. Es gibt also zweifellos Personenklassen, welche zwar Inhaber sein können, das Gewerberecht aber nicht persönlich ausüben können, sondern nur durch einen Stellvertreter oder Pächter, welcher ihre gewerberechtliche Handlungsfähigkeit ersetzt. Daher spricht § 55, Abs. 4, von einer „gesetzlichen Eignung zur Ausübung" des Gewerbes. Die gewerberechtliche Handlungsunfähigkeit schmälert den Inhalt des Rechtes bedeutend, es kann nicht schlechthin ausgeübt werden, sondern nur durch eine qualifizierte Mittelsperson. Solange keine solche bestellt ist, ruht das Recht.

Man sollte glauben, daß eine so wichtige Frage, wie es die Eignung zur persönlichen Ausübung des Gewerbes ist, vom Gesetze ausdrücklich und ausführlich geregelt ist. Leider ist dies nicht der Fall. Es finden sich vielmehr in der Gewerbeordnung nur folgende Stellen, welche zweifellos die Handlungsfähigkeit betreffen:

1. Die in den §§ 2—4 vom Antritt eines Gewerbes ausgeschlossenen Personen können es auch nicht ausüben. Wird also der Inhaber wegen Verschwendung entmündigt oder Gewerbeinspektor, so ist er, selbst wenn diese Tatsache nicht einen Entziehungsgrund des Rechtes (z. B. wegen Verlustes der Verläßlichkeit) bildet, doch von der Ausübung ausgeschlossen. Er könnte daher das Gewerbe nur durch einen Stellvertreter oder Pächter weiter betreiben.

2. Die Beseitigung eines Stellvertreters oder Pächters nach § 137, Abs. 2, hat zur Folge, daß er zur Ausübung eines jeden Gewerbes unfähig wird, durch dessen Betrieb der Zweck jenes Ausspruches vereitelt würde. Er könnte also, falls er z. B. ein Realgewerberecht von derartiger Beschaffenheit erwürbe, dieses nicht persönlich, sondern nur durch einen tauglichen Stellvertreter oder Pächter ausüben. Konsequent muß wohl angenommen

werden, daß auch der Inhaber, welcher vom Betrieb eines Gewerbes entfernt wurde, von der Ausübung jedes Gewerbes ausgeschlossen ist, durch dessen Betrieb der Zweck des Erkenntnisses vereitelt würde, obwohl § 6, Abs. 1, nur vom Antritt und nicht von der Ausübung spricht.

3. Die bereits besprochenen Komulationsverbote (§§ 19 und 21 c) G. O., § 2 des Gesetzes vom 23. März 1885, R. G. B. Nr. 48) statuieren nicht bloß die Unfähigkeit zum Antritte, sondern auch zur Ausübung jedes weiteren Gewerbes.

Ob die übrigen Fälle von Erwerbsunfähigkeit auch solche von Handlungsunfähigkeit sind, sagt das Gesetz nicht. Es hat die Frage im allgemeinen nicht beantwortet, ob ein Inhaber, welcher die Fähigkeit zum Antritt eines Gewerbes nach vollzogenem Rechtserwerbe verliert, das Gewerbe persönlich weiter betreiben kann oder nur durch eine geeignete Mittelsperson.

Hieher gehören insbesondere folgende Fälle:

a) Ein Gewerbsinhaber wird wegen einer der im § 5 genannten strafbaren Handlungen verurteilt oder in Untersuchung gezogen und es ist Mißbrauch zu besorgen. Dieser Fall ist praktisch bedeutungslos, da § 139, Abs. 3 a), die Entziehung des Rechtes oder die Entziehung der Ausübung auf bestimmte Zeit ausdrücklich zuläßt.

b) Der Inhaber eines konzessionierten Gewerbes verliert die Verläßlichkeit oder der eines Gast- oder Schankgewerbes die Unbescholtenheit. Auch diese Fälle sind nicht von praktischer Wichtigkeit wegen des Entziehungsgrundes des § 139, Abs. 3 b), obwohl Bescholtenheit und Unverläßlichkeit sich theoretisch keineswegs immer decken müssen.

c) Der fabriksmäßige Betrieb einer der im § 1, Abs. 3, aufgezählten Gewerbskategorien wird zu einem handwerksmäßigen eingeschränkt (§ 1, Abs. 5).

d) Ein freies Gewerbe wird zum handwerksmäßigen oder ein nichtkonzessioniertes zu einem an einen Befähigungsnachweis oder an sonstige persönliche Voraussetzungen gebundenen konzessionierten, ohne daß das Gesetz oder die Verordnung (§§ 1, Abs. 4, 24, Abs. 1), welche dies anordnet, ausdrücklich die Rückwirkung normiert. Eine derartige Vorschrift fände nur auf den Gewerbsantritt durch jene Anwendung, welche im Augenblicke des Inkrafttretens das Recht noch nicht besitzen. Jene, welche bereits Inhaber sind und die geforderte Qualifikation nicht besitzen, würden des Gewerberechtes nicht verlustig.

Aber zweifellos wären sie nunmehr erwerbsunfähig, denn sie könnten ein gleiches Gewerberecht nicht originär erwerben. Wenn nun die Handlungsfähigkeit immer an die Erwerbsfähigkeit geknüpft ist, so müßten die erwähnten Vorschriften trotz ihrer Nichtrückwirkung alle Gewerbsinhaber zum persönlichen Betrieb unfähig machen. Denn die Fähigkeit zur Ausübung eines Rechtes ist nicht nach den zur Zeit seiner Begründung, sondern nach den jeweils geltenden Normen zu beurteilen[118]). Hierin liegt keine Rückwirkung[119]). Es spricht daher der Grundsatz nicht dagegen, daß im Zweifel Gesetze nicht zurückwirken.

In den beiden zuletzt genannten Fällen entsteht also die Frage: kann der Inhaber sein Recht weiter persönlich ausüben, oder kann er dies nur durch einen Stellvertreter oder Pächter? Die folgerichtige Durchführung des Befähigungsprinzipes hätte das letztere gefordert. Das Gesetz normiert jedoch eine solche Einschränkung nicht. Es ist daher auf den bereits öfters erwähnten, im Staatsgrundgesetze niedergelegten Grundsatz zurückzugehen, daß dem Gewerbebetriebe nicht mehr Beschränkungen aufzuerlegen sind, als das Gesetz anordnet, und die persönliche Ausübung durch den Inhaber zuzulassen. Dasselbe muß in den Fällen a) und b) bis zum Augenblicke der Entziehung sowie dann gelten, wenn der Inhaber eines Gast- oder Schankgewerbes zwar die Unbescholtenheit, nicht aber die Verläßlichkeit verloren hätte.

Man darf nicht einwenden, daß durch diese Auffassung im Falle c) eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über den Befähigungsnachweis ermöglicht werde. Denn liegt die Absicht der Umgehung vor, worüber die freie Beweiswürdigung der Gewerbebehörde entscheidet, so ist Entziehung nach § 133 c) zulässig. Hätte aber diese Absicht nicht vorgelegen, so wäre es eine unnötige, vom Gesetze nicht beabsichtigte Härte, dem Gewerbetreibenden die Verringerung seines Betriebes in solchem Maße zu erschweren.

Es hat den Anschein, als ob nach § 55, Abs. 2, zu schließen wäre, daß der Gewerbsinhaber immer zur persönlichen

---

[118]) Vgl. Savigny, System des heutigen röm. Rechtes VIII, §§ 384, 398 ff. Hiezu statt vieler Unger, System des öst. allg. Privatrechts I, § 20, bes. Anm. 40; Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts, 9. Aufl. I, § 32, bes. Anm. 6.

[119]) Vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O.; Dernburg, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs und Preußens I, 84, (IV., 4) u. a.

Ausübung die nach den II. Hauptstück geforderte Fähigkeit besitzen müßte. Denn dort heißt es: „Ein Stellvertreter..... muß immer, gleich dem Gewerbsinhaber selbst, die für den selbständigen Betrieb des betreffenden Gewerbes erforderlichen Eigenschaften besitzen." Allein daß hier nicht von der Handlungsfähigkeit die Rede ist, zeigt das oben unter d) genannte Beispiel. Wer würde es wohl als Absicht des Gesetzes hinstellen, daß eine Verordnung, die ein freies Gewerbe zu einem handwerksmäßigen erklärt, allen derzeitigen Inhabern die Eignung benimmt, das Gewerbe persönlich weiterzubetreiben, allen Stellvertretern und Pächtern untersagt, die Stellvertretung oder Pacht weiter auszuüben? Wie reimte sich diese Härte mit der Milde, welche § 55 gegen die Witwe und die minderjährigen, erbberechtigten Deszendenten walten läßt? § 55, Abs. 2, hat vielmehr nur den Augenblick der Bestellung des Stellvertreters oder Pächters vor Augen. Dies zeigt auch der darauf folgende Satz, der von der Anzeige und Genehmigung spricht. § 55, Abs. 2, bedeutet also trotz seines Wortlautes nur, daß der Stellvertreter oder Pächter im Augenblick seiner Bestellung die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit besitzen muß. Seine Handlungsfähigkeit ist wie die des Inhabers nicht hier, sondern in den §§ 2, 4, usw. geregelt.

Als daher z. B. die Verordnung vom 17. September 1883, R. G. B. Nr. 148, auf Grund des § 1, Abs. 2, der Gewerbenovelle vom 15. März 1883 eine Reihe von freien Gewerben zu handwerksmäßigen erklärte, behielten alle jene, welche im Augenblicke des Inkrafttretens dieser Novelle Inhaber, Pächter oder Stellvertreter eines derartigen Gewerberechtes waren, die Befugnis zu seiner persönlichen Ausübung, trotzdem sie keinen Befähigungsnachweis hatten. Diese Konsequenz wurde in der Praxis niemals bezweifelt. Sie entsprach auch der Tendenz der Gewerbenovelle, welche ja trotz vieler gegenteiliger Behauptungen[120]) nicht so sehr dahinging, Publikum und Konkurrenten gegen schleuderhafte Produktion zu schützen, als den Antritt dieser Gewerbe zu erschweren und dadurch auf Verminderung der Zahl der Gewerbetreibenden hinzuwirken.

---

[120]) Vgl. u. a. den Motivenbericht des Gewerbeausschusses zu 580 der Beilagen zu den Stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, IX. Session, 44; insbesondere aber die Rede Randas im Herrenhause, Stenogr. Protokolle des Herrenhauses, IX. Session, 1098.

Nach der Novelle von 1907 ist der Rechtszustand offenbar der gleiche. Es ordnet z. B. § 14 d), Abs. 5, ausdrücklich an, daß Inhaberinnen eines Frauen- und Kinderkleidermachergewerbes, welche dasselbe schon vor der Wirksamkeit der Novelle betrieben und dann aufgegeben haben, zur neuerlichen Ausübung den Befähigungsnachweis nicht mehr erbringen müssen. Es wird somit als selbstverständlich vorausgesetzt, daß von jenen, welche den Betrieb nicht aufgegeben haben, kein solcher Nachweis zur weiteren Ausübung gefordert werden kann.

Der Inhaber bedarf nach dem vorangehenden zum persönlichen Betriebe der gewerberechtlichen Erwerbsfähigkeit im allgemeinen nicht. Eine Ausnahme hievon macht § 55, Abs. 4, bezüglich der Inhaber von Realgewerben. Hätte das früher Gesagte auf sie Anwendung, so könnten sie handwerksmäßige Gewerbe ohne Befähigungsnachweis ausüben, da sie ja das Gewerberecht niemals originär erwerben und folglich der Fähigkeit zum Antritte nicht bedürfen. Um dies zu vermeiden, statuiert § 55, Abs. 4, für sie eine „gesetzliche Eignung zur Ausübung", welche offenbar die für den „selbständigen Betrieb" (§ 55, Abs. 2, und Überschrift zum II. Hauptstück) erforderlichen Eigenschaften voraussetzt. Ein Realgewerbe darf also nur derjenige persönlich betreiben, welcher zum Antritt eines Personalgewerbes derselben Art qualifiziert wäre. Wird also z. B. ein Gast- oder Schankgewerbe gemäß § 23, Abs. 3, an einen Befähigungsnachweis gebunden, so können alle jene, welche im Augenblicke des Inkrafttretens dieser Verordnung Personalgewerbsinhaber, Stellvertreter oder Pächter sind, den Betrieb ohne Befähigungsnachweis weiter führen, soferne keine Rückwirkung angeordnet wurde, Realgewerbsinhaber aber müssen einen qualifizierten Stellvertreter oder Pächter bestellen, auch wenn sie bisher das Recht persönlich ausübten.

Eine weitere Ausnahme von den dargestellten Grundsätzen verfügt der letzte Absatz des § 56. Sind nämlich die Witwe, minderjährige erbberechtigte Deszendenten, eine Konkurs- oder Verlassenschaftsmasse Inhaber, so ist nur dann ein Stellvertreter oder, wie offenbar anzunehmen ist, ein Pächter zu bestellen, „wenn die Natur des Gewerbes es fordert". Hier ist die Handlungsfähigkeit von der freien Würdigung der Tatumstände durch die Behörde abhängig. Es folgt aus dem Grundsatze der Gewerbefreiheit wie aus dem Wortlaute des § 56, Abs. 7, daß, solange keine Entscheidung erflossen ist, welche eine Stellvertretung oder

werbebehörde als solche zur Erfüllung der Aufgaben der Gewerbepolizei vornehmen darf.

Das Wesen der Gewerbepolizei besteht darin, daß die gewerbliche Freiheit des einzelnen im Interesse der Gesellschaft oder des Staates Beschränkungen unterworfen wird[4]). „Die Beweggründe für ein solches Eingreifen sind ebenso mannigfaltig wie die öffentlichen Interessen selbst. Sie können hervorgehen aus der dem Staate obliegenden Fürsorge für die Sicherheit des einzelnen und der Gesamtheit, für die Wohlfahrt einzelner Klassen oder Gruppen der Bevölkerung, für die Beschaffung der zur Erfüllung der Staatsaufgaben nötigen materiellen Mittel.“ [5]) Daraus erhellt, daß sich eine Grenze zwischen Gewerbepolizei auf der einen und Sicherheits-, Gesundheits-, Bau-, Feuer-, Straßenpolizei usw. nicht ziehen läßt. Es ist häufig nicht zu entscheiden, ob eine Norm, welche einen Eingriff gestattet, dem Gewerberecht oder einem anderen Zweige des Verwaltungsrechtes angehört, ob die Behörde als Gewerbebehörde oder etwa als Sanitätsbehörde usw. einschreitet (vgl. z. B. das Lebensmittelgesetz!). Denn ob eine Norm nur alle jene Beschäftigungen betrifft, welche unter die Gewerbeordnung fallen, oder überhaupt alle gewerbsmäßig betriebenen, oder etwa nur die gewerbsmäßige Erzeugung, den gewerbsmäßigen Verkauf usw., oder nicht, ist ein zu äußerlicher Einteilungsgrund, als daß ohne ausdrückliche Norm rechtliche Unterscheidungen daran geknüpft werden dürften.

Es besteht also de lege lata kein Unterschied zwischen Gewerbepolizei und anderer Polizei. Die Frage nach dem Inhalte des Gewerberechtes lautet daher nicht: welche gewerbepolizeilichen Eingriffe sind unzulässig, sondern: welche polizeilichen Eingriffe überhaupt sind unzulässig?

Die Behörde hat eine Reihe von Verwaltungsaufgaben zu erfüllen. Viele derselben lassen sich nur mit einer weitgehenden Einschränkung der gewerblichen Freiheit durchführen. Solche Einschränkungen sind häufig vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich als zulässig erklärt. Trotzdem können sie nicht unzulässig sein; denn der Gesetzgeber muß die Mittel gewollt haben, wenn er den Zweck will. Ohne Freiheitsbeschrän-

---

[4]) Vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, III, 195.

[5]) Seydel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, 6. Vgl. auch Laband, a. a. O.

kungen lassen sich seine Zwecke nicht erreichen: „Eine Freiheit schlechthin, in irgendeinem Punkte anerkannt, würde in ihren Konsequenzen geeignet sein, den ganzen Staat zu zerstören.“ [6]) Nun läßt sich aber oft aus den bestehenden Normen nicht mit Sicherheit ableiten, bis zu welchem Grade nach Absicht des Gesetzgebers Freiheitsbeschränkungen noch zulässig sein sollen und wie weit er andererseits die Respektierung der Freiheitssphäre des Individuums gegenüber jenen Aufgaben als ein öffentliches Interesse höherer Ordnung ansieht. So entsteht die Frage, bis zu welchen Grenzen darf und muß die Behörde aus bau-, feuer-, gesundheitspolizeilichen Rücksichten usw. die nach der Gewerbeordnung erlaubte Ausübung gewerblicher Tätigkeit stören? [7])

Die Antwort ist: derartige Eingriffe sind nur erlaubt, wenn sie Zwecke verfolgen, welche bei Begründung des subjektiven Gewerberechtes nicht in Erwägung kamen noch zu kommen hatten. Die Normen der Gewerbeordnung verfolgen nicht bloß gewerbepolitische Ziele. Viele von ihnen erfüllen Aufgaben, welche systematisch ebensogut anderen Rechtsgebieten zugewiesen werden könnten, z. B. die Vorschriften über die Genehmigung der Betriebsanlage, welche in das Gebiet der Feuerpolizei, Baupolizei usw., oder jene über die gewerblichen Fachschulen, welche in das Unterrichtswesen übergreifen u. a. Die Beurteilung, ob in einem Punkte die Anerkennung oder die Verweigerung der gewerblichen Freiheit zweckmäßig ist, hat entweder der Gesetzgeber vor Erlassung des Gesetzes selbst vorgenommen, oder er stellt sie der Behörde anheim, indem er derselben freies Ermessen einräumt, das Recht zu verleihen oder nicht. Diese Beurteilung der Zweckmäßigkeit darf nun gegen den Berechtigten kein zweitesmal geltend gemacht werden. Jeder Eingriff ist unstatthaft, dessen Zweck identisch ist mit jenem einer Norm oder einer Erwägung des freien Ermessens, welche bei Begründung des vorliegen-

[6]) Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte 103. Vgl. Ranelletti im Primo trattato completo di diritto amministrativo it. IV., 1., 249.

[7]) Vgl. zu der Frage u. a. Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verw.-R. I, 385, und im Handwörterbuch der Staatswissenschaften v. Conrad, Elster, Lexis und Loening IV, 423; Vacchelli im Primo trattato usw. III., 235 und die bei G. Meyer, Verw.-R., I., 385 Anm. 22 zitierte Literatur und Judikatur.

den Rechtes bereits Anwendung gefunden hat oder zu finden hatte.

Man könnte diesen Grundsatz, welcher auch in anderen Rechtsgebieten gilt, die Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung nennen. Er beruht darauf, daß das subjektive Recht des Individuums durch Selbstbeschränkung des Staates [7a]) entsteht. Nur dadurch, daß der Staat seiner Macht eine Grenze setzt, schafft er den (negativen) Inhalt des subjektiven Rechtes. Der Staat ist so weit gebunden, als er gebunden sein wollte. Daher ergibt sich die Sphäre des subjektiven Rechtes:

1. aus dem Willen des Gesetzes, wenn das Recht auf dem Gesetz oder einem Akte gesetzmäßiger Gebundenheit beruht;

2. aus dem pflichtmäßigen Willen der Behörde, wenn und so weit das Recht durch einen Akt des freien Ermessens entstanden ist. Die Behörde verantwortet zwar nach außen nicht, ob, wie weit und aus welchen Gründen sie im Gebiete ihres freien Ermessens den Staatswillen bindet. Hat sie ihn aber durch Verleihung eines subjektiven Rechtes gebunden, so unterliegt dieser Akt der Selbstbeschränkung ebenso der Auslegung und rechtlichen Beurteilung, wie Rechtsnormen oder privatrechtliche Verpflichtungshandlungen. Die Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung widerspricht also dem Wesen des freien Ermessens nicht.

Der Grundsatz der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung ist in gewisser Beziehung ein Analogon zur materiellen Rechtskraft. Diese verhütet mehrfache Subsumtion unter Rechtsnormen, jener mehrfache Subsumtion unter Zweckmäßigkeitsregeln. Beide sind in der Natur der Sache begründet und daher geltenden Rechtes, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich ausschließt. Aber die Rechtskraft knüpft sich an Akte der Rechtsprechung ohne Unterschied des Inhaltes [8]), das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung gilt für den Inhalt subjektiver öffentlicher Rechte ohne Unterschied des Entstehungsgrundes.

Hier zeigen sich die Ähnlichkeiten, aber auch der Gegensatz von materieller Rechtskraft und subjektivem öffentlichen Recht. Beide haben eine Bindung der vollziehenden Gewalt, nicht auch

---

[7a]) Vgl. insbesondere Jellinek, Gesetz und Verordnung 198 ff. und System der subj. öfftl. Rechte 194, 195; Morelli im Archivio giuridico LXII (nuova serie III) 49 ff,, Romano im Primo trattato completo di diritto amministrativo it. I 162; Ranelletti ebenda IV, 1. Teil, 249 u. a.

[8]) Vgl. das unten im VI. Abschnitte Ausgeführte.

des Gesetzgebers, zum Inhalt, sie verhindern, daß die Behörde von dem einmal gegebenen Rechtszustand abweicht. Aber die Rechtskraft besteht lediglich im öffentlichen Interesse der Prozeßökonomie und allgemeinen Rechtssicherheit, das subjektive Recht dagegen im Individualinteresse. Auch die Rechtskraft kann dem Einzelinteresse durch den Reflex ihrer Wirkungen zugute kommen, ähnlich wie solche Interessen durch den Reflex objektiven Rechtes geschützt sein können, aber eine Willensmacht des Individuums über die vollziehende Gewalt begründet sie als solche nicht.

Dieser Satz erleidet eine scheinbare Ausnahme dann, wenn das Bestehen eines subjektiven Rechtes rechtskräftig festgestellt wurde. Dann hat es den Anschein, daß der Rechtsgrund der Bindung der vollziehenden Gewalt nicht mehr der ursprüngliche Entstehungsakt des Rechtes, sondern jene nachfolgende Entscheidung sei, insbesondere daß diese nunmehr ausschließlich den Inhalt des Rechtes bestimme. Wäre dies richtig, dann läge in jenem Erkenntnis eine Novation. Es ist aber falsch. Die Entscheidung stellt nur fest, ob, wem gegenüber und in welchem Umfange das Recht besteht, weil der Entstehungsakt stattgefunden hat. Der Inhalt des Eigentums, des Pfandrechtes, des Gewerberechtes ändert sich nicht, wenn deren Existenz rechtskräftig festgestellt wird.

Wenn der Inhalt eines subjektiven Rechtes Gegenstand der Rechtsprechung ist, indem etwa über einzelne aus dem Rechte hervorgehende Ansprüche entschieden wird, dann fallen allerdings die Imperative, welche sich an die Rechtskraft knüpfen, mit jenen zusammen, welche oben das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung genannt wurden. Es bleibt nur die negative Funktion der res iudicata — ne bis in idem — als deren Wirkung übrig. Zum Beispiel: Wenn und soweit eine Konzession oder die Genehmigung einer Betriebsanlage nicht nach freiem Ermessen, sondern nach gesetzlich bestimmten Voraussetzungen auf Grund einer Entscheidung erteilt wurde und hiebei die Maßregeln fixiert wurden, welche der Gewerbetreibende zu beobachten hat, um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, zum Beispiel Anbringung von Schutzvorrichtungen usw., dann verstoßen jene polizeilichen Eingriffe, welche über das Maß der festgesetzten Anforderungen hinausgehen, sowohl gegen die Rechtskraft als gegen den Inhalt des subjektiven Rechtes. Dann ist das Prinzip der Kon-

sumtion der Zweckmäßigkeitserwägung immer noch für jene von Bedeutung, welche die materielle Rechtskraft entweder überhaupt oder doch im konkreten Falle leugnen, so zum Beispiel für die gleich zu besprechende Ansicht Otto Mayers. Umgekehrt hat die Rechtskraft insoferne eine positive Wirkung, als sie einer zwar gültigen, aber materiellrechtlich unrichtigen Entscheidung bindende Kraft verleiht. Wenn daher im folgenden versucht werden wird, das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung an mehreren Beispielen zu erläutern, so möge nicht eingewendet werden, daß die Gebundenheit der vollziehenden Gewalt zum Teile ohnedies aus der Rechtskraft des Erkenntnisses hervorgehe, welches der Erteilung der Erlaubnis zugrunde lag, und daß daher die Annahme jenes Prinzipes überflüssig sei. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an das subjektive Recht tritt eben unabhängig von der Rechtskraft ein, selbst in jenen Fällen, in welchen das Recht durch einen Akt des freien Ermessens oder eine Parteihandlung (z. B. Anmeldung) entstanden ist.

Das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung hat bereits Otto Mayer[9]) ausgesprochen, indem er ausführte: „Die Erteilung der Erlaubnis macht das allgemeine Verbot unwirksam für diesen Fall und stellt für ihn die Freiheit her, wie sie ohne das Verbot bestünde. Sie wirkt nur gegen dieses Verbot. Der Empfänger erhält also durch die Erlaubnis keine Sicherheit gegen polizeiliche Eingriffe, welche auf selbständiger Grundlage, unabhängig von diesem Verbote, gemacht werden können. Einen gewissen Vorteil hat er gleichwohl dadurch voraus vor demjenigen, dem für sein Unternehmen überhaupt niemals ein Verbot entgegengestanden war. Der Rechtssatz, welcher das Verbot enthielt, hat sich seiner Materie bemächtigt der Art, daß dieselbe durch Verwaltungsakt nicht in Widerspruch mit ihm geordnet werden kann. Zu der Ordnung, welche er auf solche Weise festlegte, gehört aber auch die auf seiner besonderen Grundlage erteilte Erlaubnis. Die gleichen polizeilichen Gesichtspunkte, welche das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zur Geltung gebracht hat, können deshalb gegen das erlaubte Unternehmen nicht noch einmal selbständig durch Einzelbefehl geltend gemacht werden; sie sind

[9]) Deutsches Verw.-R. I, 291, 292.

durch jenes Verbot erschöpft. Stellt sich das Bedürfnis eines solchen Eingriffes nachträglich heraus, so ist jenes Verbot allein dafür noch da, und das einzige Mittel, den Eingriff zu machen, besteht darin, es wieder in Bewegung zu setzen, d. h. in der Zurücknahme der Erlaubnis. Diese hat aber wieder ihre eigenen Voraussetzungen."

Otto Mayer nimmt hier mit Recht an, daß durch die Erlaubniserteilung die Erwägung der polizeilichen Interessen gleichsam konsumiert wird. Er hätte von dieser Erscheinung etwa dasselbe sagen können, was er[10]) von der („absoluten") Rechtskraft ausführt: Die Amtsgewalt der Behörde wird aufgezehrt, die letztere wird unzuständig, die so erledigte Angelegenheit abermals rechtlich zu bestimmen. Aus der Erlaubniserteilung resultiert also eine Gebundenheit der Behörde, jedoch nicht gegen, sondern für die Partei und in deren Interesse. Die Partei kann daher durch ihre Zustimmung die Behörde zu Eingriffen ermächtigen, sie gleichsam hiezu wieder kompetent machen.

Es fällt sofort auf, daß diese Präklusion der Zweckmäßigkeitserwägung eine gewisse Ähnlichkeit mit jener Erscheinung zeigt, welche Otto Mayer[11]) die „relative Rechtskraft" nennt. Otto Mayer unterscheidet die „absolute" Rechtskraft von der „relativen". Die erstere bestehe im öffentlichen Interesse, sei unverzichtbar und knüpfe sich nur an den entscheidenden Inhalt des Urteils; letztere knüpfe sich auch an den konstitutiven Urteilsinhalt und Verfügungen in Urteilsform und binde die Behörde nur zugunsten der Partei, weshalb letztere auf diese Bindung verzichten könne. Die Gebundenheit des Urteils für die Partei bewirke, daß diese nicht bloß objektiv geschützt sei, sondern durch eine „Macht über die Ausübung der öffentlichen Gewalt", das heißt durch ein „subjektives öffentliches Recht"[12]).

Die Erlaubniserteilung dagegen, führt Otto Mayer[13]) aus, begründe zwar einen „gewissen Zustand rechtlicher Gesichertheit gegenüber der öffentlichen Gewalt", aber kein subjektives Recht. Denn die Erlaubnis bedeute nur die Wiederherstellung der Freiheit, sie habe keinen eigenen Inhalt.

---

[10]) Archiv f. öffl. R. XXI, 32, 33.
[11]) a. a. O. 30 ff.
[12]) a. a. O. 33, 34.
[13]) Deutsches Verw.-R. I, 292.

Welches ist denn nun, so fragen wir, der grundsätzliche inhaltliche Unterschied zwischen diesem Zustand rechtlicher Gesichertheit und der relativen Rechtskraft? Wieso verleiht diese ein subjektives öffentliches Recht und jener nicht?

Die Antwort muß wohl lauten: Es besteht kein grundsätzlicher Unterschied; beide haben einen rein negativen Inhalt, indem die Behörde alles das nicht tun darf, was gegen die Polizeierlaubnis, bzw. gegen die relative Rechtskraft verstößt, solange nicht besondere Aufhebungsgründe, neue Rechtsnormen usw. die Gebundenheit aufheben. Bei der einen hat sich der Rechtssatz „der Materie bemächtigt", bei der anderen das Urteil. Gewiß lassen sich Unterschiede in der Wirkung der Polizeierlaubnis und der relativen Rechtskraft zeigen, aber dies ändert nichts an dem rein negativen Charakter beider. Otto Mayer hätte nach seiner eigenen Lehre sagen müssen, die relative Rechtskraft verleiht kein subjektives Recht, denn dieses hätte keinen Inhalt.

Auf die Theorie von der relativen Rechtskraft kann hier nicht näher eingegangen werden. Nur eines sei bemerkt. Otto Mayer fühlt selbst, daß erst in der Form des subjektiven öffentlichen Rechtes „die Freiheit und Selbständigkeit des Bürgers in ausgeprägtester Weise zur Geltung kommt" [14]). Sollte es wirklich Wille unserer Gesetze sein, daß die Freiheit z. B. zum Gewerbebetrieb, erst dann voll zur Entwicklung gelangt, wenn der Gewerbetreibende ein rechtskräftiges Urteil darüber provoziert hat? Entspricht es nicht viel mehr dem positiven Rechte wie dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, daß die volle Bindung der Behörde zugunsten der Partei unabhängig von der Urteilsform sich schon an jenen konstitutiven behördlichen (Konzessionserteilung) oder Parteiakt (Anmeldung) knüpft, welcher gemäß dem Willen des Gesetzes die Bindung erzeugt? Wenn dies aber so ist, dann ist es überflüssig, neben dem subjektiven Recht und der (absoluten) Rechtskraft noch ein Recht am Urteil, eine relative Rechtskraft, anzunehmen.

Der Inhalt des subjektiven Gewerberechtes ist Gebundensein der vollziehenden Gewalt an den Grundsatz der Konsumption der Zweckmäßigkeitserwägung zugunsten des Berechtigten. Dieser Grundsatz gilt nur innerhalb der Sphäre des subjektiven Rechtes, nicht auch sonst. Hat z. B. das Gesetz oder bei Akten

---

[14]) Archiv f. öfftl. R. XXI, 33.

des freien Ermessens die Behörde bis zu einer gewissen Grenze die polizeiliche Regelung des Gewerbebetriebes vorbehalten, so ist dies gleichsam ein Ausschnitt aus der Sphäre des Rechtes. Was die Behörde in diesem Gebiete anordnet, kann sie stets durch eine noch weitergehende Maßregel ersetzen, soferne sie nur die Grenzen des Vorbehaltes nicht überschreitet.

Die Gebundenheit der vollziehenden Gewalt dauert bis zum Erlöschen des subjektiven Rechtes. Bei derivativem Übergang entsteht sie ipso iure gegenüber dem Nachmann in dem Augenblick, in welchem sie gegenüber dem Vormann erlischt. Sie erleidet alle Veränderungen des subjektiven Rechtes. Daher wird sie insbesondere modifiziert:

1. wenn eine neue Rechtsnorm in Kraft tritt, nach welcher der Inhalt vorher begründeter Rechte fortan zu beurteilen ist;

2. wenn neue Erfahrungssätze, deren Anwendung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, gewonnen werden, denn auch diese sind Bestandteil der Rechtsordnung.

Ein Beispiel soll den letzten Satz klar machen. Nach § 74 G. O. hat der Gewerbsinhaber alle Anstalten zu treffen, welche zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der Hilfsarbeiter erforderlich sind, so insbesondere bei chemischen Gewerben die Verfahrungs- und Betriebsweise in einer die Gesundheit der Hilfsarbeiter tunlichst schonenden Art einzurichten. Wenn nun die Wissenschaft eine neue Möglichkeit des Schutzes entdeckt, welche zu den Opfern, die ihre Verwertung erfordert, in einem der gesetzgeberischen Absicht entsprechenden Verhältnis steht, so kann der Gewerbsinhaber zweifellos verhalten werden, die Betriebsweise demgemäß umzugestalten. Weder sein persönliches Gewerberecht noch das Recht aus der Genehmigung der Betriebsanlage könnte ihn gegen diesen Eingriff schützen [15]).

Im folgenden soll nun der Grundsatz der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung an einigen Beispielen erläutert werden, wobei nebst dem persönlichen Gewerberecht auch das Recht an der konsentierten Betriebsanlage herangezogen ist.

§ 3 des österreichischen Reichssanitätsgesetzes vom 30. April 1870, R. G. B. Nr. 68, lautet:

---

[15]) Vgl. über den dargestellten Fall auch Tezner im Arch. für öfftl. R. IX, 361, Anm. 24.

„Die dem selbständigen Wirkungskreise der Gemeinden durch die Gemeindegesetze zugewiesene Gesundheitspolizei umfaßt insbesondere:

a) Die Handhabung der sanitätspolizeilichen Vorschriften in bezug auf Straßen, Wege, Plätze und Fluren..., Wohnungen..., Lebensmittel (Vieh- und Fleischbeschau usw.).....“

Diese Aufzählung ist keine taxative, sondern eine demonstrative[16]). In einem konkreten Falle hatte nun der Landesausschuß einem Fleischhauer die Einstellung von Schafen in seinen Stall auf Grund des zitierten § 3, P. a), verboten. Der Verwaltungsgerichtshof[17]) erklärte einen solchen Eingriff für unzulässig und begründete dies folgendermaßen: „Durch das Verbot des Haltens von Schafen im besagten Stalle ist..., wenn auch mittelbar, der Gewerbebetrieb des Beschwerdeführers berührt. — Verfügungen, durch welche einem Gewerbebetriebe, wenn auch mittelbar, Einschränkungen auferlegt werden, liegen nicht in der Kompetenz der autonomen, sondern in jener der Gewerbebehörden, wie dies aus den §§ 25 und 26 des Gewerbegesetzes vom 15. März 1883, R. G. B. Nr. 39, hervorgeht, welchen Bestimmungen nach nur die politischen Behörden über die Frage zu entscheiden berufen sind, ob und mit welchen Beschränkungen eine gewerbliche Betriebsanlage, welche durch gesundheitsschädliche Einflüsse die Nachbarschaft zu gefährden oder zu belästigen geeignet ist, statthaft ist.“ Aus diesen Erwägungen hat der Verwaltungsgerichtshof die angefochtene Verfügung wegen Inkompetenz nach § 7 aufgehoben. Maßgebend für seine Entscheidung war aber nicht die Anschauung, daß die Verfügung des Landesausschusses wegen allgemeiner, sachlicher Unzuständigkeit nichtig sei. Der Verwaltungsgerichtshof erkannte ausdrücklich an, daß die Handhabung der sanitätspolizeilichen Vorschriften in den Wirkungskreis der autonomen Behörden gehört. Diese Kompetenz könne aber nur insoweit Platz greifen, „als nicht infolge spezieller Bestimmung die Wahrnehmung und Wahrung der öffentlichen Sanitätsrücksichten anderen Organen der öffentlichen Verwaltung übertragen erscheint — und solche

[16]) V. G. H. v. 13. Juni 1883, Z. 1234, B. 1798.
[17]) E. v. 24. Apr. 1891, Z. 1500, B. 5912.

spezielle Vorschriften sind eben die des III. Hauptstückes der Gewerbeordnung." Damit hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß die sanitätspolizeilichen Interessen dem Gewerbetreibenden gegenüber nicht zweimal zur Geltung gebracht werden durften.

Ein anderes Beispiel: Nach § 33 R. G. O. ist zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft eine Erlaubnis erforderlich, welche nur aus bestimmten, taxativ aufgezählten Gründen verweigert werden darf. Einer dieser Gründe ist es,

> „wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Lokal wegen seiner Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügt."

Es fragt sich nun, ob die Polizei ermächtigt ist, nachträglich neue Anforderungen an das Lokal zu stellen. Das preußische Oberverwaltungsgericht[18]) verneinte dies, „insoweit es sich dabei um Anforderungen handelt, welche an das fragliche Lokal mit Bezug gerade auf den Gewerbebetrieb erhoben werden, nicht etwa an dieses Lokal wie an jedes andere, zum Beispiel aus allgemeinen feuer-, sicherheits- oder baupolizeilichen Rücksichten." Die Erwägung der speziell gewerbepolizeilichen Gesichtspunkte betrachtet das Oberverwaltungsgericht als durch den Rechtssatz des § 33 R. G. O. bereits konsumiert. Denn es sagt in seiner Motivierung weiter, indem § 33 die Schranken der Erlaubniserteilung festsetze, bestimme er zugleich, wie weit das öffentliche Interesse an der Beschaffenheit des Lokales beteiligt sei. Wollte man neben der vorgängigen Prüfung der Polizeibehörde gestatten, nachträglich an das Lokal mit Rücksicht auf den Gewerbebetrieb noch weitere Anforderungen zu stellen, so würde dadurch die Rechtssicherheit illusorisch werden.

Auch hier ist der Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß die speziell gewerbepolizeilichen Interessen, für deren Wahrung schon § 33 R. G. O. gesorgt hat, dem Gewerbsinhaber gegenüber kein zweitesmal zur Geltung gebracht werden dürfen[19]).

Von großem Interesse ist die Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes v. 19. Jänner 1893, Bd. 24, Nr. 47.

---

[18]) E. v. 7. Juni 1879, Bd. V, Nr. 45.

[19]) Vgl. auch Vossen, Der oberverwaltungsgerichtliche Schutz der Industrie und des Gewerbes 91, 92.

Anläßlich der Herstellung von Neu- und Umbauten in zwei Ultramarinfabriken hatte die Gewerbebehörde entschieden, daß eine gewerbepolizeiliche Genehmigung nicht erforderlich sei, und daraufhin hatte die Polizei unter gewissen Einschränkungen die baupolizeiliche Erlaubnis erteilt. Jene Erklärung der Gewerbebehörde bezog sich jedoch nur auf einen Teil der Bauten, ein anderer war der gewerbebehördlichen Genehmigung gar nicht vorgelegt worden. Nachträglich trug nun die Polizei den Direktoren der beiden Fabriken auf, binnen einer Frist das Ausströmen gesundheitsschädlicher Dämpfe aus den Fabrikschornsteinen zu beseitigen. Das Oberverwaltungsgericht erklärte diese Verfügung für gerechtfertigt. Denn eine gewerbepolizeiliche Genehmigung sei erforderlich gewesen, und dennoch nicht erteilt worden, und es sei „rechtlich ohne Bedeutung, ob die Genehmigung aus dem Grunde nicht erteilt ist, weil die zur Erteilung derselben zuständige Behörde solche nicht für nötig gehalten hat."

Diese Argumentation kann wohl nur insoferne als richtig bezeichnet werden, als sie den Gedanken ausdrückt: Die Zweckmäßigkeitserwägung, welche den §§ 16 ff. R. G. O. über die Genehmigung von Betriebsstätten zugrundeliegt, hätte zwar auf den vorliegenden Tatbestand Anwendung finden sollen, dies ist aber nicht geschehen; darum ist nachträgliche Geltendmachung der Interessen, welche § 16 schützt, gegenüber dem Gewerbebetriebe zulässig. Mit anderen Worten: das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung verwehrt hier einen nachträglichen Eingriff nicht.

Allein das eben Ausgeführte kann nur von jenem Teil der Anlagen gelten, welche der gewerbebehördlichen Genehmigung nicht vorgelegt worden waren. Im übrigen tritt folgendes ein: Die Entscheidung der Gewerbebehörde, daß die gewerbepolizeiliche Genehmigung nicht erforderlich sei, war in Rechtskraft erwachsen [20]). Dadurch war unbestreitbar, dauernd, bindend und maßgebend festgestellt, daß die Vorschriften der §§ 16 ff. R. G. O. auf den konkreten Fall gar nicht zur Anwendung zu kommen hatten. Es war daher auch die Zweckmäßigkeitserwägung dieser Gesetzesstellen nicht zur Geltung gebracht worden. Nachträgliche polizeiliche Eingriffe waren folglich gemäß § 10, Titel 17, T. II. A. L. R., zulässig, also nicht weil

[20]) Vgl. den VI. Abschnitt dieser Arbeit.

§ 16 R. G. O., hätte maßgebend sein sollen, sondern weil er nicht maßgebend war. Denn gegenüber nichtgenehmigungsbedürftigen Betriebsstätten ist die Geltendmachung der öffentlichen Interessen durch die §§ 16 ff. R. G. O. nicht konsumiert[21]).

Den letztgenannten Satz hat das Oberverwaltungsgericht in vielen Entscheidungen anerkannt, so, um nur ein Beispiel zu nennen, in jener vom 12. November 1891, Band 23, Nr. 39. Auch der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat ihn wiederholt ausgesprochen. So mit dem Erkenntnis vom 2. Oktober 1891, Z. 3117, B. 6148, mit welchem er behördliche Schritte gegen einen Gastwirt wegen Benützung eines feuergefährlichen Herdes mit der Begründung für zulässig erklärte, daß ein Küchenherd keine Betriebsanlage sei, welche der Genehmigung bedürfe. Dies entspricht den hier vertretenen Grundsätzen. Denn die öffentlichen Interessen, deren Schutz die §§ 25 ff. G. O. bezwecken, konnten nur gegenüber einer genehmigungsbedürftigen Anlage geltend gemacht werden.

Die genannten Beispiele ließen sich leicht vermehren. Allerdings finden sich auch zahlreiche andere, in welchen die Praxis entgegengesetzten Grundsätzen gefolgt ist und Eingriffe im öffentlichen Interesse entweder schlechthin für erlaubt oder unter Berufung auf das subjektive Recht schlechthin für unerlaubt erklärt hat. Jedoch es würde zu weit führen, hier auf die Praxis noch näher einzugehen.

Gegen das Prinzip der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung darf nicht eingewendet werden, daß es die öffentlichen Interessen gegenüber dem Individualinteresse zu sehr benachteilige. Gewiß ist es möglich, daß sich unvorhergesehene schädliche Wirkungen eines Betriebes zeigen, nachdem etwa die Konzession und die Genehmigung der Betriebsanlage längst erteilt wurden. Aber meist werden sie auf nachträgliche Veränderungen im Betriebe zurückzuführen sein, welche durch das erworbene Recht nicht gedeckt sind. Oder es ist ein Mangel des Verfahrens oder die Unkenntnis wesentlicher Tatbestandsmomente seitens der Behörde bei der Rechtsverleihung die Ursache und daher ein Einschreiten zulässig[22]), oder die Ge-

---

[21]) Vgl. über den vorliegenden Fall auch Vossen, Der oberverwaltungsgerichtliche Schutz der Industrie und des Gewerbes, 73 ff.

[22]) Vgl. das unten im VI. Abschnitte Ausgeführte.

winnung neuer Erfahrungssätze rechtfertigt neue Anforderungen gegen den Inhaber. Erst wenn dies alles nicht zutrifft, ist nach österreichischem Rechte die Geltendmachung des öffentlichen Interesses präkludiert. Das deutsche und das ungarische Recht haben für diesen Fall die Möglichkeit der Expropriation vorgesehen (§ 51 R. G. O., § 36 U. G. G.). Es ist zu hoffen, daß auch in Österreich diese Lücke bald ausgefüllt wird[23]). Unzulässig ist es, dadurch abzuhelfen, daß man der Behörde die Ermächtigung zuerkennt, nach freiem Ermessen in jeden Gewerbebetrieb einzugreifen, soweit ihr dies im öffentlichen Interesse gelegen scheint. Denn wäre dies zulässig, dann lebten wir in einem Polizeistaat und nicht in einem Rechtsstaat[24]). De lege lata hat hier der Staat das individuelle Interesse höher als das öffentliche gestellt, und jenes ist daher unbedingt zu respektieren, es sei denn, daß man zu der ultima ratio des Staatsnotrechtes[25]) seine Zuflucht nimmt.

Eine besondere Betrachtung erfordern jene Gewerbe, welche § 54, Abs. 2, der „gewerbepolizeilichen Regelung" unterwirft. Dies ist einer jener Vorbehalte, welche einen Ausschnitt aus der „staatsfreien Sphäre" des subjektiven Rechtes darstellen. Die Behörde ist zu Eingriffen nach freiem Ermessen ermächtigt. Bis zu welcher Grenze, sagt das Gesetz nicht. Eine Grenze muß aber gezogen werden, sonst gäbe es kein subjektives Recht, sondern nur eine prekaristische Befugnis zur Ausübung jener Gewerbe. So wird z. B. angenommen, § 54, Abs. 2, ermächtige die Behörde, eine Sperrstunde festzusetzen[26]). Darf sie aber etwa auch anordnen, daß die Betriebe nur an Vormittagen geöffnet sein dürfen, oder nur von 12 bis 1 Uhr usw.? Gewiß nicht. Es ist anzunehmen, daß nur solche Eingriffe statthaft sind, welche den ökonomischen Wert des Gewerberechtes nicht wesentlich beeinträchtigen. Ob die „gewerbepolizeiliche Regelung" diese

---

[23]) Vgl. Brunstein, Der behördliche Konsens für genehmigte Betriebsanlagen, Wien 1907, 11.

[24]) Vgl. auch Orlando im Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano I, 38 ff.

[25]) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 325. Vgl. u. a. auch Ranelletti a. a. O. 254, 255.

[26]) V. G. H. v. 8. Juni 1901, Z. 4529, B. 389 A, v. 18. Dez. 1902, Z. 10943, B. 1415 A, v. 30. Juni 1904, Z. 7090, B. 2783 A, v. 14. Dez. 1904, Z. 13282, v. 14. Dez. 1904, Z. 13283, B. 3148 A, v. 7. Febr. 1906, Z. 1511, B. 4151 A.

Grenze eingehalten hat, unterliegt der Prüfung durch den Verwaltungsgerichtshof. Freies Ermessen im eigentlichen Sinne hat § 54, Abs. 2, der Behörde nur innerhalb dieser Grenzen eingeräumt. Sie kann einschreiten, muß aber nicht. Wenn der Erlaß des Ministeriums des Innern im Einvernehmen mit dem Handelsministerium vom 26. September 1899, Z. 23.403, die politischen Behörden auffordert, als Sperrstunden für Branntweinschenken an Sonntagen etwa die Mittagsstunden, an Samstagen etwa 5 Uhr nachmittag anzusetzen, so dürfte er wohl etwas zu weit gehen. Gerade die Zeit, in welcher der meiste Absatz zu erwarten ist, wird dem Gewerbebetrieb entzogen und der Gewerbsinhaber schwer geschädigt. Gewiß war die Anordnung ihrem Inhalte nach zu billigen. Aber de lege lata wäre zu so weitgehenden Einschränkungen besondere Ermächtigung durch ein Gesetz erforderlich.

B. Der Inhaber kann das Gewerbe ausüben:

a) persönlich, wenn er zur persönlichen Ausübung fähig ist;

b) durch einen tauglichen Stellvertreter oder Pächter.

Die Ausübung vermittels eines solchen ist in der Regel zulässig. Ausnahmen enthalten § 19, Abs. 2 G. O., der sich jedoch nur auf Personalgewerbe bezieht[27]), § 21 d), Abs. 1, usw.[28])

Im Falle der Stellvertretung und Verpachtung bleibt der Einfluß des Inhabers, bzw. dessen, der seinen Willen gesetzlich substituiert, auf den Gewerbebetrieb bestehen, beschränkt sich aber auf jene zur Ausübung des Gewerbes gehörigen Handlungen, welche von gewerberechtlichen Vorschriften nicht betroffen werden. Dagegen muß der Pächter oder Stellvertreter in allen gewerberechtlich relevanten Betriebshandlungen vollständig unabhängig sein, er tritt in dieser Beziehung an Stelle des Inhabers[29]); sonst wäre seine Verantwortung nach § 137 unerklärlich. Auch wäre anderenfalls die Vorschiebung eines Stroh-

---

[27]) V. G. H. v. 29. Apr. 1899, Z. 2890, B. 12775, Mayrhofer, Handbuch, VI, 1076, Anm. 2.

[28]) A. M. R. Pollak in der Allg. Oest. Gerichtszeitung LVIII, 67, welcher annimmt, die Genehmigung des Pächters beziehe sich in allen Fällen, auch in anderen als denen des § 19, nicht bloß auf die Auswahl der Person, sondern auch auf die Frage, ob eine Verpachtung überhaupt stattfinden dürfe.

[29]) G. Meyer, Lehrb. d. deutschen Verw.-R. I, 406; Kähler, Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb, 12.

mannes zur Deckung unbefugter Handlungen des Gewerbsinhabers möglich [30]), [31]).

Die Leitung des Betriebes kann auch durch mehrere gemeinsam, gleichsam zu gesamter Hand erfolgen. Ferner kann sie nach Wirkungssphären geteilt sein, sei es zwischen dem Inhaber und einem Stellvertreter oder Pächter, sei es zwischen mehreren Stellvertretern oder Pächtern usw., indem jeder einen Teil des Betriebes unabhängig leitet [32]). Hiebei kann die Teilung rein quantitativ vorgenommen sein, indem z. B. jeder die Hälfte der gesamten Produktion selbständig überwacht, oder auch qualitativ, indem z. B. der eine die Spinnerei und der andere die Weberei betreibt. Die herrschende Praxis läßt eine derartige Teilung nicht zu, mit der Begründung, daß das Gewerberecht als höchstpersönliches Recht notwendigerweise auch ein einheitliches Ganzes sei [33]). Diese Auffassung entbehrt der gesetzlichen Grundlage, und das Schweigen des Gesetzes ist wohl nach dem oben im ersten Abschnitte Ausgeführten zugunsten der Freiheit gewerblicher Tätigkeit zu deuten. Wenn sich der Verwaltungsgerichtshof darauf beruft, daß das Gesetz immer nur von „einem" oder „dem" Stellvertreter spreche, so ist darauf zu erwidern, daß es eben den gewöhnlichsten Fall vor Augen hat. Die Gesetze sprechen häufig von dem Eigentümer, dem Schuldner, dem Kläger, dem Richter usw., ohne zu erwähnen, daß es auch mehrere sein können. Überdies ist die Gewerbeordnung in ihrer Ausdrucksweise so ungenau, daß man aus derartigen sprachlichen Wendungen nicht so einschneidende Konsequenzen ziehen darf.

c) Ist weder die persönliche Ausübung noch jene durch eine Mittelsperson zulässig, so ruht das Gewerberecht. Dann bleibt dem Inhaber bloß die Verfügung über die Substanz [34]). Das Ruhen

---

[30]) Mataja, a. a. O. 45.

[31]) Vgl. über die Stellung des Stellvertreters und Pächters noch insbesondere Schubert-Soldern, Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung nach Exekutionsrecht, 434, 435, und Komorzynski im Oest. Staatswörterbuch II, 641, 642.

[32]) Kähler, a. a. O. 14.

[33]) V. G. H. v. 30. Mai 1894, Z. 2066, B. 7930, v. 28. Nov. 1905, Z. 12971, B. 3966 A, v. 11. Mai 1907, Z. 4392, Amtsbl. für d. Handels- und Gewerbeverw. II, 252, Erl. d. Min. d. Inn. v. 17. Juni 1902, Z. 25175, Norm. Slg. 4869. Vgl. jedoch V. G. H. v. 14. Nov. 1904, Z. 4633, B. 3054 A.

[34]) Disposition über die Substanz eines Rechtes ist nicht Ausübung seines Inhaltes; Radnitzky, Parteiwillkür im öffentlichen Recht, 21.

tritt ein: 1. bei der sogenannten Entziehung auf bestimmte Zeit (§§ 131 e), 133 b), Abs. 2, 139, Abs. 4); 2. in allen Fällen, in welchen der Inhaber nicht fähig zur Ausübung ist und eine Stellvertretung oder Verpachtung nicht gestattet ist. Nicht hieher gehört der Fall, daß eine Betriebsstätte nicht benützt werden darf [35]). Denn die Betriebsstätte steht überhaupt mit dem Rechte zum Gewerbebetrieb als solchem in keinem inneren Zusammenhange, worauf nochmals unten an anderer Stelle zurückzukommen ist.

II. Das Interesse des Gewerbetreibenden an der ungestörten Ausübung des unter I dargestellten Rechtsinhaltes ist dadurch geschützt, daß ihm im Verwaltungsverfahren wie im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe formelle Rechte eingeräumt sind, durch welche er sein Recht geltend machen kann. Die Partei fordert Anerkennung ihrer Freiheit zur Vornahme jener Handlungen, welche den Inhalt des Rechtes bilden, Beseitigung jeder bereits erfolgten und Unterlassung jeder künftigen Störung. Recht und Rechtsschutzanspruch richten sich beide gegen den verwaltenden Staat, repräsentiert durch die Gewerbebehörde. Diese ist somit im Administrativverfahren zugleich Richter und in gewissem Sinne Partei. Nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe ist sie lediglich Partei.

Steht dem Gewerbetreibenden ein gleicher Rechtsschutzanspruch gegen Dritte zu, gibt es ein subjektives Privatgewerberecht?

Die hiemit aufgeworfene Frage darf nicht mit Osterrieth [36]) dahin beantwortet werden, daß der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch wegen jeder Art von unlauterem Wettbewerb im weiteren Sinne sich als „Ausfluß des Rechts der Persönlichkeit, als ein Schutz der Freiheit der gewerblichen Betätigung" darstelle. Ebenso sind die Normen zum Schutze des Eigentums, des Besitzes oder der Rechte aus einem Kauf „Ausfluß des Rechtes der Persönlichkeit" und „Schutz der Freiheit gewerblicher Betätigung". Hier handelt es sich lediglich um die Erwägung, ob der Gewerbsinhaber ohne Rücksicht auf Strafbarkeit und Schadensersatzansprüche, allein durch die Tatsache seiner Gewerbeberechtigung, eine Willensmacht über Dritte und damit ein subjektives Recht einräume.

---

[35]) den Kulisch, a. a. O. I, 260, hieher zählt.

[36]) Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908, 12.

Einzelne spezielle Bestimmungen gewähren solche Rechtsansprüche, so z. B. § 46, Abs. 2. Sie sollen hier außer Betracht bleiben. Hier fragt es sich nur: Gibt es ein Recht gegen jeden Dritten auf Anerkennung der Freiheit zum Gewerbebetrieb und auf Nichtstörung desselben, bzw. auf Beseitigung der erfolgten Störung? Die Existenz eines solchen wird bisweilen behauptet. Gewiß ist es denkbar, daß eine Rechtsordnung ein solches Recht statuiert. Das Interesse des Gewerbetreibenden, von dritter Seite nicht gestört zu werden, ist ein unleugbares. Die gesetzliche Pflicht der Behörde, Eingriffe Dritter nicht zuzulassen, ergibt sich einerseits aus den straf- und zivilrechtlichen Normen über den Schutz der persönlichen Freiheit, des Eigentums, Besitzes usw., andererseits aus der gewerberechtlichen Vorschrift, wonach der unbefugte Gewerbebetrieb nicht zu gestatten ist. Die Frage läuft also darauf hinaus, ob auch das dritte charakteristische Moment des subjektiven Rechtes, die formellen Rechte, gegeben ist, oder ob das Interesse des Gewerbetreibenden gegenüber Dritten nur durch den Reflex obiger Normen geschützt wird.

Bezüglich des Schutzes gegen physische Störungen des Gewerbebetriebes ist das letztere wohl kaum zu bezweifeln. Es ist nicht anzunehmen, daß die Gewerbeordnung dem Gewerbetreibenden Parteienrechte im Administrativverfahren einräumen wollte, damit er sich gegen physische Störungen seines Betriebes wehren könne. Gegen solche Eingriffe ist nach dem Willen des Gesetzgebers jeder Gewerbetreibende, auch der unbefugte, durch die Privatrechtsordnung und den Reflex strafrechtlicher Normen genügend geschützt[37]). Ein Zweifel ist wohl nur in der Richtung möglich, ob dem Gewerbetreibenden gegen unbefugte Konkurrenz dadurch Schutz gewährt ist, daß ihm ein Rechtsanspruch auf Einstellung jenes Betriebes zusteht, daß er somit als Partei im Administrativverfahren die Einstellung jenes Betriebes verlangen kann.

[37]) V. G. H. v. 21. Okt. 1903, Z. 10595, B. 2056 A, v. 22. Nov. 1905, Z. 12641, B. 3946 A u. a. sprechen allerdings davon, daß das Gewerberecht den Anspruch gewähre, weder von der Behörde noch von Dritten in der Ausübung des eigenen Betriebes gestört zu werden. Dagegen ist mit Kulisch, a. a. O. I, 256, Anm. 1, darauf hinzuweisen, daß Dritte auch verpflichtet sind, sich gegenüber dem unbefugten Betriebe jeder Störung zu enthalten. Ein subjektives Recht auf Erfüllung dieser Pflicht müßte doch wohl irgendwie geregelt sein, was aber nicht der Fall ist.

Das österreichische Gesetz spricht von derartigen Parteienrechten nichts. Es verordnet nur im § 36, Abs. 2: „Im Zweifel über den Umfang der Gewerberechte entscheidet die politische Landesbehörde nach Einvernehmung der Handels- und Gewerbekammer, welche diesfalls den etwa bestehenden fachlichen Genossenschaftsverband und die betreffende Genossenschaft zu hören hat." Schon aus der Größe des hier in Bewegung gesetzten Apparates geht hervor, daß das Gesetz nicht alle Streitigkeiten zwischen einzelnen Gewerbetreibenden über den Umfang von Gewerberechten im Auge hat, daß es sich hier vielmehr um eine Abgrenzung des Gewerberechtes in abstracto handelt. Aus diesem Grunde hat der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ausgesprochen, daß zur Anbringung von Anträgen im Sinne des § 36, Abs. 2, wohl die Genossenschaft, nicht aber der einzelne Gewerbetreibende legitimiert ist[38]). Daher kann ein Privatgewerberecht auf § 36, Abs. 2, nicht gestützt werden. Auch im Verfahren zur Feststellung des Berechtigungsumfanges gegenüber Betrieben, welche nicht unter die Gewerbeordnung fallen, erkennt der Verwaltungsgerichtshof den Gewerbetreibenden keine Parteienstellung zu[39]). Er hat ferner wiederholt[40]) betont, daß die Gewerbeordnung überall dort, wo sie neben der behördlichen Überwachung des Betriebes im öffentlichen Interesse Individualinteressen durch subjektive Rechte schützen wollte, den betreffenden Privaten Parteienrechte ausdrücklich eingeräumt habe (§§ 18, 20, 29, 34 usw.). Es ist daher mit Recht ständige Praxis des Verwaltungsgerichtshofes[41]), daß es keine subjektiven Ansprüche der Gewerbetreibenden gegen Dritte auf Unterlassung eines unbefugten Konkurrenzbetriebes gibt.

Allerdings finden sich, namentlich in älteren Judikaten, Andeutungen, als ob er ein subjektives Privatgewerberecht als existent annähme. So sagt er z. B. in der Entscheidung vom

[38]) V. G. H. v. 28. März 1888, Z. 1071, B. 4015, v. 19. Apr. 1905, Z. 4378, B. 3491 A. u. a.

[39]) E. v. 25. Okt. 1906, Z. 11212, B. 4709 A.

[40]) E. v. 22. Nov. 1905, Z. 12641, B. 3946 A, v. 27. Dez. 1906, Z. 13843, B. 4866 A. Vgl. auch die E. v. 11. Juli 1895, Z. 3474, B. 8813, u. v. 22. Nov. 1895, Z. 5427, B. 9038.

[41]) Vgl. u. a. außer den in der vorhergehenden Anm. zit. Entscheidungen insbesondere noch jene v. 21. Okt. 1903, Z. 10595, B. 2056 A, u. v. 19. April 1905, Z. 4378, B. 3491 A, ferner den Beschl. v. 26. März 1907, Z. 8036 ex 1905, Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. II, 100, u. a.

21. Juni 1888, Z. 2068, B. 4178: „Im Sinne der §§ 36, 37 des Ges. vom 15. März 1883, R. G. B. Nr. 39, könnten die Gewerberechte der Webwarenzurichter.... nur dadurch verletzt werden, daß die Entscheidung entweder gewerbliche Befugnisse, welche den Inhalt des Webwaren-Zurichtergewerbes ausmachen, anderen Gewerbetreibenden.... auszuüben gestatten, oder aber der beschwerdeführenden Genossenschaft eine Befugnis, die zu ihrem Gewerbe gehört, auszuüben untersagen würde. Nur unter diesen Voraussetzungen würde der Umfang der Gewerberechte der beschwerdeführenden Genossenschaft, beziehungsweise ihrer Angehörigen eingeschränkt und eben darum die Gewerberechte derselben verletzt sein." Allein Beschwerdeführerin war hier die Genossenschaft, die Berechtigung der einzelnen Gewerbsinhaber war gar nicht zu prüfen, und wenn der Verwaltungsgerichtshof auch von deren Rechten spricht, so meint er doch nur deren Interessen. Dasselbe gilt in allen ähnlichen Fällen.

Zu den genannten Erwägungen kommt noch eine hinzu. Wenn die Gewerbebefugnis den Anspruch in sich schlösse, im Gewerbebetriebe durch Konkurrenten nicht geschädigt zu werden, außer wenn diese selbst eine gleichartige Gewerbebefugnis besitzen, so würde jede Erleichterung des Gewerbsantrittes durch den Gesetzgeber einen Eingriff in alle bestehenden Gewerberechte bedeuten. Dies kann unmöglich behauptet werden[42]).

Morelli[43]) hat den Versuch unternommen, die Freiheitsrechte als Privatrechte darzustellen. Er stützt sich darauf, daß sie in erster Linie ad singulorum utilitatem spectant[44]). Allein abgesehen davon, daß der zugrundegelegte Gegensatz von Normen, welche vorwiegend das öffentliche, und solchen, welche vorwiegend das individuelle Interesse schützen, in der von Morelli[45]) behaupteten Schärfe nicht besteht[46]), ist es nur ein Wortstreit, den Morelli zu entscheiden unternimmt. Gewiß kann

---

[42]) Vgl. Mataja, a. a. O. 16.

[43]) Archivio giuridico LXII (nuova serie III), 47 ff., bes. 63 ff.

[44]) a. a. O. 63.

[45]) bes. a. a. O. 65.

[46]) Vgl. statt vieler Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1, Anm. 1, und Romano im Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano I, 128. So auch schon Blackstone, Commentaries on the laws of England, 12. Aufl. I, 122, Anm. 1.

man die Ausdrucksweise wählen, daß die öffentlich rechtliche Freiheitssphäre und die privatrechtliche Handlungsfähigkeit auch in dem Sinn eine Einheit[47]) bilden, daß die Ansprüche, welche sich aus dieser Freiheitssphäre ergeben, privatrechtliche selbst dann genannt werden, wenn sie sich gegen den verwaltenden Staat richten[48]). Gewonnen ist mit dieser Terminologie, welche Laband[49]) als „sonderbare Extravaganz" bezeichnet, nichts. Denn von praktischer Bedeutung ist nur die Frage, ob die Freiheitsrechte als solche auch gegen Dritte geltend gemacht werden können, und dies zu beweisen, hat Morelli nicht einmal versucht[50]).

Hauriou[51]) bezeichnet die Freiheitsrechte als „opposables à tous". Wieso sie gegen Dritte wirken, wird nicht erklärt, sondern nur hinzugefügt, sie hätten die Tendenz, in das Eigentum überzugehen, so z. B. die Freiheit zum Gewerbebetrieb in die „propriété industrielle".

Ebenso wie Hauriou sagt Ranelletti[52]), der status negativus sei gegen alle gerichtet[53]) und charakterisiert ihn, übereinstimmend mit Morelli, als Privatrecht. Den privatrechtlichen Charakter bewahre das Recht der Freiheit auch dann, wenn es sich gegen den Staat richtet[54]). Der Anspruch auf Schutz der Freiheit dagegen sei öffentlich rechtlicher Natur[55]). Mit der letzteren Behauptung ist Ranelletti nur konsequent. Die moderne Theorie stellt ja allen Privatrechten den öffentlich rechtlichen Rechtsschutzanspruch zur Seite. Was aber Ranelletti nicht gezeigt

---

[47]) „non esistono...una libertà politica ed una libertà civile; ma esiste solo la libertà, civile o privata o individuale o personale o umana, che dir si voglia", a. a. O. 73.

[48]) „le norme affermanti questo diritto e limitanti, in conseguenza, il diritto dello Stato, sono di diritto privato, in quanto lo Stato stesso le determina, a sussidio, non d'interessi sociali, ma d'interessi individuali", a. a. O. 71.

[49]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, Anm. 2 zu S. 138.

[50]) Andere Schriftsteller, welche (m. E. mit ebensowenig Erfolg) die Freiheitsrechte als Privatrechte auffassen, sind zitiert bei Romano, a. a. O. 164, Anm. 3.

[51]) Précis de droit administratif et de droit public, 6. Aufl., 316.

[52]) Primo trattato completo di diritto amministr. it. IV, 1, 232.

[53]) „esiste...di fronte a tutti, tanto, per conseguenza, di fronte allo Stato, quanto di fronte agli altri consociati, ed importa in tutti il dovere negativo di rispettarlo." Vgl. a. a. O. Anm. 4 zu S. 234.

[54]) a. a. O. Anm. 2 zu S. 237.

[55]) a. a. O. 238.

hat — und gerade darauf kommt es an — ist, ob man den Schutz der Freiheit als solcher nicht bloß gegen die staatlichen Funktionäre, sondern auch gegen Dritte in Anspruch nehmen kann.

Rehm[56]) behauptet, die Existenz des Privatgewerberechtes ergebe sich aus dem uneingeschränkten Wortlaute des Gesetzes (hier etwa § 11 u. a.), welches zwischen Berechtigung gegenüber der Behörde und gegenüber Dritten nicht unterscheide, sowie daraus, daß die Gewerbeordnung zahlreiche privatrechtliche Bestimmungen enthalte. Damit kann gar nichts bewiesen werden. Nur positive gesetzliche Norm vermöchte ein privates Gewerberecht zu schaffen, so wie nur sie das öffentliche statuiert hat. Noch weniger läßt es sich begründen, wenn man, wie es vielfach geschieht[57]), bloß von den Realgewerberechten annimmt, daß sie sich nach Art der Zwangs- und Bannrechte auch gegen Dritte richten und Untersagungsansprüche gegen sie gewähren. Denn der Inhalt von Personal- und Realgewerberechten ist der gleiche. Nur die Entstehungs- und Erlöschungsgründe und in manchen Fällen der Umfang sind andere[58]).

Es bliebe nur noch die Frage zu beantworten, ob nicht die bezirksweise Abgrenzung gemäß § 42 beim Rauchfangkehrer- und beim Kanalräumergewerbe private Untersagungsrechte der Gewerbsinhaber gegenüber jenen schafft, welche in ihrem Bezirke arbeiten, ohne daselbst ihren Standort zu haben. Allein das Gesetz erwähnt von Parteienrechten zur Geltendmachung dieser Ansprüche nichts. Außerdem zeigt schon der letzte Absatz des § 42, wonach bei Veränderung oder Aufhebung der Abgrenzung, die überdies nach freiem Ermessen erfolgen kann, dem Gewerbetreibenden kein Entschädigungsanspruch zusteht, daß der Gesetzgeber hier kein subjektives Recht gewähren wollte.

III. Der Gewerbsinhaber verfügt über die Substanz des Rechtes sowie über die daraus entspringenden Ansprüche[58a]). So wie das Gewerberecht mit seinem Willen entsteht und sein

---

[56]) Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, 21, 22. Übereinstimmend mit Rehm Daude im Archiv f. öfftl. R. V, 322.

[57]) so auch von Laband, Das Staatsr. d. Deutschen Reiches III, 195, Anm. 1; ferner von Kulisch, a. a. O. I, 258, Anm. 1 zu S. 257.

[58]) Gegen die Existenz des Privatgewerberechtes Heller, Das öst. Gewerberecht, 26, 27, Anm. 40. Vgl. auch Kulisch, a. a. O. I, 256, 257.

[58a]) Vgl. auch Bernatzik im Archiv f. öfftl. R. V, 317.

Wille für Umfang, Ausdehnung, Standort, Art des Betriebes usw. maßgebend ist, so kann er auch durch Willensentschluß den Verlust des Rechtes bewirken. Bei Personalgewerben, welche unübertragbar sind, ist dies nur durch Verzicht möglich. Hievon ist unten in der Lehre von den Erlöschungsgründen näher zu handeln. Bei Realgewerben ist überdies die Übertragung an andere Rechtssubjekte möglich. Von dem abgeleiteten Erwerb der Realgewerberechte ist im folgenden Abschnitte die Rede. Aus der Verfügung über die Substanz des Rechtes folgt ferner die Verfügung über die einzelnen daraus sich ergebenden Ansprüche, z. B. Verzicht auf ein Rechtsmittel usw.

Die Disposition über Recht und Ansprüche bleibt unverändert im Falle der Stellvertretung oder Verpachtung[59]).

IV. Der dargestellte Inhalt des Gewerberechtes (Ausübung, Schutz, Disposition) ist bei allen Arten von Gewerben der gleiche, wenn auch der Umfang, d. h. der Inbegriff aller Gewerbshandlungen der jeweiligen Betriebsart[60]), noch so verschieden ist.

A. Der Rechtsinhalt ist gleich bei konzessionierten und nichtkonzessionierten Gewerben. Das Gesetz macht zwischen diesen beiden Gattungen nur bezüglich des Entstehungsgrundes einen Unterschied, sonst nirgends und in keiner Beziehung. Alles, was bisher (unter I—III) über den Rechtsinhalt ausgeführt wurde, gilt in gleicher Weise von nichtkonzessionierten, wie von konzessionierten Gewerben[61]). Es dürfte daher wohl nicht gerechtfertigt sein, wenn Layer[62]) bei Erörterung der Frage, ob Gewerberechte Gegenstand der Enteignung sein können, ausführt: „Von dem ‚Rechte' des freien Gewerbebetriebes ist hiebei nicht die Rede, weil demselben der subjektive Rechtscharakter fehlt; wohl aber kommen in Betracht die konzessionierten Gewerbe. Es ist zwar auch bezüglich dieser der Charakter als subjektiver Rechte bestritten, aber wohl mit Unrecht, insbesondere mit Rücksicht auf die positiven Gewerbeordnungen Deutschlands und Österreichs" [63]). Es ist richtig, daß in der Regel nur konzessionierte Gewerberechte einen Vermögenswert darstellen, der, losgelöst von dem Werte des Unternehmens, praktisch

[59]) Vgl. auch Kähler, Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb, 14.
[60]) Die Praxis nennt auch dies häufig „Inhalt".
[61]) Vgl. Mataja, a. a. O. 16, Heller, a. a. O. 27.
[62]) Prinzipien des Enteignungsrechtes, 572.
[63]) Vgl. auch a. a. O. 520.

Bedingt aber ein Gewerbebetrieb eine feste Betriebsstätte, sei es auch die Wohnung des Gewerbetreibenden selbst, so gewinnt die in der Anmeldung, bzw. Konzessionsurkunde enthaltene Angabe des Standortes den Sinn, daß das Gewerbe nur von diesem „Standorte" aus betrieben werden darf [73]). Konsequent wäre bei jeder Verlegung des Standortes Begründung eines neuen Gewerberechtes nötig. Allein die §§ 39 und 43 schränken dies auf den Fall der Verlegung der Betriebsstätte in eine andere Gemeinde ein. Die Verlegung des Standortes innerhalb derselben Gemeinde bei Aufrechterhaltung der Identität des Rechtes ist bei diesen Gewerben unter Beobachtung der Bestimmungen des § 39, Abs. 2 ff. (Anzeige, bzw. Genehmigung), möglich. Bei Gewerben mit fester Betriebsstätte ist also lokales Individualisierungsmoment die Betriebsstätte, bzw. die durch Übersiedelung innerhalb derselben Gemeinde unter Beobachtung der Vorschriften des § 39 vermittelte Kontinuität des Gewerbes.

Das Gesagte gilt nicht nur von den Personalgewerben, sondern auch von den Realgewerben. Bei den verkäuflichen Gewerben erfolgt der Wechsel der Betriebsstätte unter Aufrechterhaltung der Identität des Rechtes mit Bewilligung der politischen Behörde erster Instanz [74]), bei radizierten Gewerben mit Bewilligung der politischen Landesstelle [75]).

Solange keines der genannten drei Elemente wechselt, liegt ein und dasselbe Gewerberecht vor. Insbesondere hat die

[73]) V. G. H. v. 25. Juni 1886, Z. 1418, B. 3128, sagt, daß bei Gewerben, welche eine feste Betriebsstätte bedingen, die Prüfung der Behörde gemäß § 13 G. O. sich auch auf diese zu erstrecken hat, ob sie zu beanständen oder zuzulassen ist. Soweit die Betriebsstätte hiebei nicht beanständet wurde, hat der Inhaber „das Recht erlangt, sein Gewerbe daselbst zu betreiben."

Keine „feste Betriebsstätte" ist der Standplatz der Personentransport- und Platzdienstgewerbe, daher ist der Wechsel desselben für die Identität des Rechtes belanglos. Er unterliegt der gewerbepolizeilichen Regelung nach § 54 (V. G. H. v. 24. April 1901 Z. 3221 B. 274 A), somit kann er auch nachträglich durch behördliche Anordnung verlegt werden. Nur dürfte die Behörde hiebei gemäß dem früher Ausgeführten nicht so weit gehen, daß der ökonomische Wert des Rechtes eine wesentliche Einbuße erlitte.

Vgl. über den Standplatz auch V. G. H. v. 24. Apr. 1901 Z. 3216 B. 273 A und vom selben Tage Z. 3222 B. 275 A.

[74]) Über die Verlegung des Standortes verkäuflicher Gewerbe, vgl. V. G. H. v. 29. Jänner 1897, Z. 613, B. 10333, v. 3. März 1900, Z. 1418, B. 13852, u. v. 27. April 1900, Z. 2962, B. 14106.

[75]) Vgl. unten S. 132, 133.

Vergrößerung und Verkleinerung des Betriebes keinen Einfluß auf die Identität, selbst wenn dadurch ein handwerksmäßiger Betrieb zum fabriksmäßigen würde und umgekehrt. Auch die Veränderung noch so wesentlicher Einrichtungen der Betriebsanlage, z. B. die Anschaffung einer genehmigungspflichtigen Maschine (§ 25) in einem bisher nicht genehmigungspflichtigen Betriebe erfordert nicht Neubegründung eines persönlichen Gewerberechtes, sondern nur eines Rechtes an der neuen Betriebsanlage.

IV. Die Entstehung des Gewerberechtes.

Das Recht zum Gewerbebetriebe wird entweder originär oder derivativ erworben, je nachdem, ob es in der Person des Erwerbers neu begründet wird, oder ob es unter Aufrechterhaltung seiner Identität von einem Rechtssubjekt auf ein anderes übergeht.

A. Der originäre Erwerb.

Originär können nur Personalgewerbe erworben werden, da nach Art. VII K. M. P. neue Realgewerberechte nicht begründet werden dürfen. Die Personalgewerbe teilt § 1, Abs. 1, nach ihrem originären Erwerb in freie, handwerksmäßige und konzessionierte ein. Diese vielangefochtene[1]) und vielverteidigte[2]) Einteilung mag praktischen Verhältnissen angepaßt sein, einer theoretischen Untersuchung kann sie keinesfalls zugrunde gelegt werden. Der Unterschied zwischen freien und handwerksmäßigen Gewerben liegt nur in der zum Erwerbe nötigen Fähigkeit, nicht aber in der Erwerbsart. Ebensogut könnte man die Gast- und Schankgewerbe von den übrigen Gewerben trennen, da für den Antritt der ersteren „Unbescholtenheit" nötig ist, für den der letzteren nicht. Daß die Novelle von 1907 durch

[1]) Vgl. u. a. insbesondere Plener in den stenogr. Protokollen des Herrenhauses, IX. Session, 1091, und Randa, ebenda, 1122. Der Bericht der Gewerbegesetzkommission des Herrenhauses (277 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Herrenhauses, IX. Session, S. 1) stellt die Dreiteilung gleichsam als ein notwendiges Übel hin. Ulbrich, Lehrbuch des Öst. Verwaltungsrechtes, 509.

[2]) Helfert in den stenogr. Protokollen des Herrenhauses, IX. Session, 1120; Brockhausen in der Zeitschr. f. Verw., XVII, 153 u. a.

die Aufstellung der Kategorie der an einen Befähigungsnachweis gebundenen „freien" Gewerbe (§ 13a) jene Einteilung in freie, handwerksmäßige und konzessionierte Gewerbe gänzlich über der Haufen geworfen hat, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden.

Es ist daher systematisch nur zwischen konzessionierten und nichtkonzessionierten Gewerben zu unterscheiden.

1. Die nichtkonzessionierten Gewerbe.

„Wer durch die vorhergehenden Bestimmungen des II. Hauptstückes nicht ausgeschlossen erscheint, ist zum selbstständigen Betriebe eines jeden freien Gewerbes berechtigt. Der Unternehmer ist aber verpflichtet, vor Antritt des Gewerbes davon der Behörde die Meldung zu machen." (§ 11.)

Diese Sätze lassen zunächst eine zweifache Deutung zu:

1. das Gewerberecht entsteht mit der Anmeldung;

2. es ist unabhängig von der Anmeldung, diese ist dem Gewerbetreibenden zur Pflicht gemacht, bildet aber keine Bedingung des befugten Gewerbebetriebes.

Die zweite Alternative führt zu der Frage, wann das Gewerberecht entsteht. Darauf ist eine mehrfache Antwort möglich, insbesondere:

a) die Befugnis zum Gewerbebetrieb entsteht ipso iure mit der Erlangung der Fähigkeit hiezu;

b) sie entsteht mit der tatsächlichen Eröffnung des Betriebes;

c) sie entsteht durch einen behördlichen Akt.

Wenden wir uns zunächst den unter der zweiten Alternative aufgezählten Ansichten zu. Von diesen ist die erste (a) vorzüglich im Lager jener verbreitet, welche der Gewerbebefugnis den Charakter eines Rechtes nicht zuerkennen. Aber auch sonst hat sie vielfach Vertreter[3]). Ihr entspricht die vulgäre Ausdrucksweise, wonach jedermann berechtigt ist, jedes freie Gewerbe zu betreiben, und wonach der Befähigungsnachweis die Berechtigung zum Betriebe eines handwerksmäßigen Gewerbes verleiht. Diese Ansicht trifft für das österreichische Recht nicht zu. Wäre sie richtig, so würde z. B. eine Norm, welche ein freies Gewerbe zu einem handwerksmäßigen

[3]) Vgl. z. B. Rehm, Die rechtl. Natur der Gewerbskonzession, 51, Anm. 2, und Roesler, Das soziale Verwaltungsrecht I, 2, 597 und 598, Anm. 1.

oder konzessionierten erklärt, entweder nur gegen jene wirksam sein, welche im Augenblicke des Inkrafttretens einer solchen Norm die Fähigkeit zum Erwerb eines freien Gewerbes (§§ 2—10) noch nicht besitzen. Dies wird gewiß niemand behaupten. Oder aber, eine derartige Norm würde einen Eingriff in ungezählte wohlerworbene Rechte bedeuten! Auch letzteres entspricht gewiß nicht der Absicht des Gesetzgebers. Die Anschauung, daß jeder Fähige auch zum Gewerbebetrieb b e f u g t sei, steht und fällt also mit der Ansicht, daß die Gewerbebefugnis kein subjektives Recht sei und ist hier mit Rücksicht auf das im ersten Abschnitte Ausgeführte nicht näher zu behandeln.

Eine zweite mögliche Auffassung wäre die, daß der Anspruch, in einem Gewerbebetriebe nicht gestört zu werden, erst mit der tatsächlichen Eröffnung dieses Betriebes entsteht. So führt Otto Mayer[4]) unter Anlehnung an den Rechtszustand, den er für das französische Recht als gegeben annimmt[5]), aus, die Polizeierlaubnis dürfe erst dann nicht mehr frei zurückgenommen werden, wenn das Unternehmen tatsächlich ins Werk gesetzt oder auch nur in der Ausführung begriffen sei. Ähnlich sagt Seydel[6]), zum Gewerbebetriebe berechtigt im Sinne des § 1, Abs. 2 R. G. O., sei nur jener, welcher ein Gewerbe „wirklich" betreibe, nicht schon derjenige, welcher die bloße Möglichkeit habe, ein solches zu betreiben. Auch diese Anschauungen hängen damit zusammen, daß die genannten Autoren die gewerbliche Tätigkeit nicht als Ausübung eines Rechtes, sondern bloß der natürlichen Handlungsfreiheit betrachten. Von dem oben im ersten Abschnitte gewonnenen Standpunkte aus sind sie unbegründet. Denn der Zeitpunkt der Inbetriebsetzung eines gewerblichen Unternehmens ist viel zu vag, als daß man ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung annehmen könnte, der Gesetzgeber hätte an ihn das Entstehen individualisierter Rechtsansprüche knüpfen wollen.

Nach einer dritten möglichen Ansicht entstünde das Gewerberecht bei nichtkonzessionierten Gewerben ebenso wie bei konzessionierten durch einen behördlichen Akt. § 11 hätte dann

---

[4]) Deutsches Verw.-R. I, 302 ff.

[5]) Theorie des franz. Verw.-R. 172.

[6]) Gewerbepolizeirecht, 25, Anm. 3, Abs. 2. Ebenso Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 288, Anm. 2, und die dort zitierten Entscheidungen.

nur die Bedeutung, daß jeder unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein Recht auf Vornahme dieses Aktes hat. Als solche behördliche Akte kämen nach österreichischem Rechte nur die Entgegennahme der Anmeldung (§ 144) und die Erteilung des Gewerbescheines (§ 13) in Betracht. Allein, keiner von beiden ist nach dem Willen des Gesetzgebers der Entstehungsgrund des Rechtes. Die Entgegennahme der Anmeldung wird außer im § 144 nirgends erwähnt, überall spricht das Gesetz nur von der Anmeldung selbst oder von der Erteilung des Gewerbescheines. So wäre es z. B. gewiß nahe gelegen, die Strafdrohung des § 132a) gegen denjenigen zu richten, der ein Gewerbe betreibt, ohne daß seine Anmeldung entgegengenommen wurde. Tatsächlich richtet sie sich gegen jenen, welcher nicht angemeldet hat.

Auch der zweite behördliche Akt, die Erteilung des Gewerbescheines, hat nicht konstitutiven Charakter. Denn ganz abgesehen davon, daß es an der Normierung einer Frist fehlt, innerhalb welcher er auszustellen ist, sagt § 13, Abs. 2, daß bei Verweigerung des Gewerbescheines der Beginn oder die Fortsetzung des Betriebes zu untersagen ist. Es ist daher Beginn des Betriebes vor Erteilung des Gewerbescheines zulässig, was auch die Praxis und Literatur fast einstimmig anerkennt. Trotzdem wird hie und da die Meinung vertreten, daß das Gewerberecht erst mit der Erteilung des Gewerbescheines entstehe[7]). Man beruft sich hiefür darauf, daß sonst Unfähige, namentlich z. B. gefährliche Verbrecher, monatelang ein Gewerbe betreiben könnten, ehe die Behörde in die Lage käme, einzuschreiten; ferner auf § 36, wonach der Umfang des Gewerberechtes nach dem Gewerbescheine zu beurteilen ist; weiter darauf, daß die Behörde ja erst durch die Anmeldung die Möglichkeit gewinnt, die Betriebsanlage zu prüfen[8]). Ja, es ist sogar die Ansicht ausgesprochen worden, die Behörde habe bei nichtkonzessionierten Gewerben wie bei konzessionier-

[7]) Brosche in d. Zeitschr. f. Verw. XXVII, 94; Fuhrmann im Öst. Verwaltungsarchiv IV, 433 und 435, Strauß, Gerichtszeitung LVII. 186, spricht davon, daß der Gewerbebetrieb von Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein konzessionierter oder sonst von behördlicher Erlaubnis abhängiger sei. Heller, Das öst. Gewerberecht, 12, 26, dagegen aber 25, u. a. Vgl. auch V. G. H. v. 17. April 1896, Z. 1748, B. 9548.

[8]) Vgl. Brockhausen in d. Zeitschr. f. Verw. XVII, 157 ff.

ten zu entscheiden, ob die gesetzlichen Erfordernisse der Erteilung des Gewerberechtes vorhanden sind, und wenn dies der Fall ist, sei sie in beiden Fällen zur Erteilung verpflichtet, so daß der Gewerbeschein der Konzession gleichstehe [9]).

Die Unrichtigkeit der letztgenannten Behauptung ergibt sich schon daraus, daß der Betrieb nicht erst vom Augenblicke der Erteilung des Gewerbescheines, sondern schon von dem der Anmeldung an gestattet ist [10]). Es ist wiedersinnig, den Betrieb mit der Anmeldung, das Recht zum Betrieb aber erst mit der Erteilung des Gewerbescheines beginnen zu lassen; der Betrieb vor dem letztgenannten Zeitpunkt ist ja nicht prekaristisch, die Behörde kann ihn nicht nach freiem Ermessen untersagen.

Was die Genehmigung der Betriebsanlage anbelangt, so ist die Entstehung des Gewerberechtes als solchen von ihr unabhängig [11]). Selbst in einem Gewerbe, dessen Betrieb eine genehmigungsbedürftige Anlage unbedingt erfordert, ist eine Menge von Handlungen nötig, welche eine derartige Anlage nicht voraussetzen, und doch zur „gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigung" (Art. IV K. M. P.) zu zählen sind. Hieher gehören z. B. Lieferungsverträge, Verträge mit dem gewerblichen Hilfspersonal, Reklame und Vorbereitungen aller Art, welche im Hinblick auf die zu erwartende Genehmigung der Betriebsanlage erfolgen können [12]).

Gemäß der Fassung des § 36, Abs. 1, wonach der Umfang des Rechtes nach dem Inhalte des Gewerbescheines zu beurteilen ist, wäre allerdings die Erteilung des Gewerbescheines der Entstehungsgrund. Denn der Inhaber wäre danach zu allem jenen berechtigt, was im Gewerbeschein enthalten ist, auch wenn es nicht angemeldet worden wäre, und zu allem jenen nicht, was zwar Gegenstand der Anmeldung, nicht aber Inhalt des Gewerbescheines ist. Hätte z. B. jemand das Gewerbe A. angemeldet und lautete der Gewerbeschein etwa irrtümlich auf

---

[9]) Fuhrmann, a. a. O.

[10]) was auch Fuhrmann a. a. O. anerkennt, jedoch als eine Erleichterung aus lediglich praktischen Gründen bezeichnet.

[11]) Den umgekehrten Satz, daß das Recht an der Betriebsanlage von dem persönlichen Gewerberecht unabhängig ist, spricht § 32, Abs. 2 G. O., ausdrücklich aus.

[12]) Vgl. zum vorhergehenden V. G. H. v. 20. März 1901, Z. 2141, B. 201 A, u. v. 4. April 1902, Z. 3132, B. 969 A.

B., so bestünde das Recht zum Betriebe von B., aber nicht von A.

Dies verhält sich jedoch zum Teil anders. Es wird weiter unten dargetan werden, daß der Gewerbeschein ungültig ist, soweit er der Anmeldung nicht entspricht. Der Wortlaut des § 36, Abs. 1, steht dem nicht entgegen. Denn § 36 hat nur den normalen Fall vor Augen, daß Anmeldung und Gewerbeschein übereinstimmen [13]).

Endlich macht man geltend, das Gewerberecht dürfe deswegen nur auf Grund eines behördlichen Aktes erworben werden, weil sonst Personen, welche zum Betrieb unfähig sind, wenigstens eine Zeitlang das Gewerbe ungestört betreiben könnten, nämlich bis zur Untersagung nach § 13, Abs. 2. Dieser Einwand richtet sich jedoch gegen eine Norm, welche im § 13 unzweifelhaft enthalten ist, nämlich gegen die Zulassung der Betriebseröffnung vor der behördlichen Entscheidung über die Zulässigkeit. Ein solcher Einwand kann zwar de lege ferenda, nicht aber de lega lata in die Wagschale fallen.

Die vorstehenden Erwägungen führen zu der Überzeugung, daß die von § 11, Abs. 2, geforderte Meldung des Gewerbsantrittes nicht bloß die Erfüllung einer Formvorschrift, sondern geradezu der Entstehungsgrund des Gewerberechtes ist. Dies deuten auch einige Wendungen im Gesetztexte selbst an, so namentlich § 38, der im Abs. 1 davon spricht, daß die Anmeldung „das Recht zum Handel... in sich begreift", und im 2. Absatz davon, daß die Anmeldung „zum Handel... berechtigt". Ferner bietet die Geschichte des österreichischen Gewerberechtes dafür einen Anhaltspunkt. Die Verordnung des Handelsministeriums vom 10. September 1849 spricht von der Entgegennahme der Anmeldung bei freien Gewerben als einer Form der Bewilligung des Betriebes. Die Gewerbeordnung von 1859, welche von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgeht, setzte an Stelle dieser „Bewilligung" die Anmeldung selbst.

Vor allem ergibt sich aber aus dem Sinn der miteinander in Zusammenhang gebrachten gewerberechtlichen Normen, daß nach Ansicht des Gesetzgebers die Gewerbebefugnis mit der Anmeldung entsteht (§ 11, 13, 132a), 144, Abs. 2 u. a.). Daher nimmt auch die Literatur [14]) wie die Praxis im allgemeinen

[13]) Kulisch, a. a. O. I, 259, Anm. 2.

[14]) Mataja, a. a. O. 20, Heilinger, a. a. O. I, 84 u. 267, Komorzynski im Öst. Staatswörterbuch v. Mischler-Ulbrich, 2. Aufl.,

an, daß das Gewerberecht bei nichtkonzessionierten Gewerben durch die Anmeldung erworben werde. Der Verwaltungsgerichtshof spricht in seinen Judikaten durchwegs von den durch die Anmeldung begründeten Gewerbebefugnissen[15]). In einer einzigen Entscheidung[16]) sagt er, der Beginn der Gewerbeberechtigung hänge nur von der Erlangung des Gewerbescheines, jedoch nicht von dessen Rechtsgültigkeit ab. Hiemit wollte er zweifellos nicht sagen, daß das Gewerberecht erst mit der Erlangung des Gewerbescheines und nicht früher entstehe, sondern wollte bloß betonen, daß die Unanfechtbarkeit des Gewerbescheines nicht nötig sei. Aber gerade hiemit hat er ausgesprochen, daß die Erteilung des Gewerbescheines nicht Entstehungsgrund des Rechtes sein könne. Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner ausdrücklich anerkannt[17]), daß der Befähigungsnachweis im Augenblicke der Anmeldung erbracht sein muß, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Betriebsbeginnes. Die Erlässe des Finanzministeriums vom 4. Jänner 1886, Z. 17.338, und vom 26. Jänner 1905, Z. 38.456 ex 1904[18]), behandeln die Anmeldung als Begründungsakt des Rechtes, dagegen den Gewerbeschein nicht als Berechtigungsurkunde. Der Erlaß des Handelsministeriums vom 17. Juni 1899, Z. 31.844 ex 1898[19]), bezeichnet eine Anmeldung, welche die Erweiterung oder Verringerung eines Gewerberechtes bezweckt, als eine Veränderung des Gewerberechtes, bei welcher der bisherige Gewerbeschein seiner gesetzlichen Bestimmung nicht mehr entspreche. Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren.

Die Anmeldung ist also Entstehungsgrund des Gewerberechtes. Es müssen jedoch alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Begründung des Rechtes erfüllt sein. Ob dies der Fall sei, ist im Augenblicke der Anmeldung noch zweifelhaft. Insbesondere gibt es ja viele Voraussetzungen, welche nur nach

---

II, 628, Kulisch, a. a. O. I, 236 u. 255, Heller, Das öst. Gewerberecht, 182.

[15]) E. v. 23. Sept. 1886, Z. 2415, B. 3172, v. 3. April 1900, Z. 2374, B. 14013, v. 21. Okt. 1903, Z. 10595, B. 2056 A, vom 15. Juni 1904, Z. 6442, B. 2734 A, vom 10. Dez. 1904, Z. 13075, B. 3143 A, v. 28. Nov. 1905, Z. 12791, B. 3966 A, und viele andere.

[16]) v. 17. April 1896, Z. 1748, B. 9548.

[17]) E. v. 14. Dez. 1898, Z. 6935, B. 12270.

[18]) Amtsblatt für die Handels- und Gew.-Verw. I, 153.

[19]) Norm. Slg. 1552.

sorgsamer Würdigung aller Tatumstände beurteilt werden können, z. B. ob Mißbrauch im Sinne von § 5 zu besorgen ist. Es ist also eine behördliche Entscheidung darüber nötig, ob die Anmeldung gesetzmäßig war, ob sie ein Recht begründet hat. Diese Entscheidung ist im § 13 vorgesehen; das Recht auf sie erwirbt man durch die formell korrekte Anmeldung. Sie führt zu einer der beiden folgenden Verfügungen:

a) Wenn die Behörde findet, daß ein wesentlicher gesetzlicher Mangel obwaltet, dann hat sie den Betrieb nach § 13, Abs. 2, zu untersagen, nach dem Erlaß des Ministeriums des Innern vom 9. August 1902, Z. 32.918[20]), nicht erst zu untesagen, sondern unmittelbar einzustellen. Praktisch ist dies kein Widerspruch. Denn jede Einstellung beginnt naturgemäß mit einer Untersagung, und wird der letzteren nicht Folge geleistet, so ist sofortige Einstellung gegen den Willen des Gewerbetreibenden (§ 152 G. O.) zulässig. Jener Erlaß wäre nur dann ungesetzlich, wenn das Gesetz eine Frist normierte, welche zwischen der Untersagung und der Einstellung verfließen muß.

b) Findet die Behörde, daß keine oder doch nur unwesentliche Mängel bestehen, nämlich solche, welche nach Absicht des Gesetzgebers das Entstehen des Gewerberechtes nicht hindern, so entscheidet sie, daß die Anmeldung das Recht begründet hat. Die Ausfertigung dieser Entscheidung[21]) und zugleich Beurkundung der ordnungsmäßig erfolgten Anmeldung ist der Gewerbeschein. Daher dient er dem Gewerbetreibenden als Legitimation (§ 13, Abs. 1)[22]).

Von dem Augenblicke der Anmeldung bis zu dem der Erlangung des Gewerbescheines besteht ein Schwebezustand, es ist noch ungewiß, ob ein Recht erworben wurde oder nicht, ob der Betrieb befugt ist oder nicht. Keineswegs handelt es sich um eine prekaristische Ausübung, denn die Gewerbebehörde kann den Betrieb nicht nach freiem Ermessen untersagen. Solange

---

[20]) Norm. Slg. 4871.

[21]) Vgl. auch Ulbrich, Lehrbuch des öst. Verw.-Rechtes, 513. Vielfach wird der Gewerbeschein lediglich als Beurkundung aufgefaßt, so von Heilinger, Österr. Gewerberecht, I, 84 u. 267, Kulisch, a. a. O. I, 258, Heller, Das öst. Gewerberecht, 199, u. a.

[22]) Die Vorschrift des § 144, Abs. 2, wonach der Gewerbeschein überdies zur Bestätigung der erfolgten Eintragung in das Gewerberegister dient, kommt hier nicht in Betracht.

der Schwebezustand dauert, nimmt das Gesetz an, daß die Vermutung für die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung spreche und gestattet den Betrieb vorläufig bis zur Untersagung (§ 13 a. E.).

Die formell korrekte Anmeldung hat somit eine dreifache Wirkung:

1. Sie gewährt das formelle Recht auf Entscheidung über ihre Gesetzmäßigkeit im Sinne des § 13.

2. Sie begründet eine Pflicht der Behörde, den Betrieb vorläufig, d. h. bis zu jener Entscheidung, nicht zu stören.

3. Wenn alle wesentlichen materiell rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, begründet sie überdies das Recht zum Gewerbebetrieb.

Mit Rücksicht auf das Gesagte ist auch der Sinn des § 36, Abs. 1, zu beurteilen. Der Umfang des Rechtes ist von der Anmeldung als dem Entstehungsgrund abhängig[22a]). Ob aber ein Recht entstanden ist, weiß man erst nach Erteilung des Gewerbescheines. Wurde ein Gewerbe mit dem Umfang $a + \alpha$ angemeldet, lautet der Gewerbeschein aber nur auf a, so bliebe, wenn § 36, Abs. 1, nicht existierte, bezüglich des Gewerbszweiges α der ursprüngliche Schwebezustand solange bestehen, bis auch dieser Teil der Anmeldung durch eine Entscheidung im Sinne des § 13 erledigt würde. § 36 hat nun die Bedeutung, daß die Ausfertigung des Gewerbescheines in einem geringeren Umfange als jenem der Anmeldung einer Verweigerung desselben bezüglich des restlichen Umfanges gleichkommt und als solche Gegenstand von Rechtsmitteln sein kann und der Rechtskraft fähig ist. Vorausgesetzt ist natürlich, daß sich der Inhalt des Gewerbescheines mit dem Inhalte der zugrunde liegenden Entscheidung deckt. Die Ausstellung eines Gewerbescheines in geringerem Umfange, als jener der Anmeldung war, restringiert also nicht ein früher erworbenes weiteres Recht, sondern deklariert bloß, daß es nur in dem geringeren Umfange besteht. Eine Folge dieser Norm des § 36 ist es, daß auch die vorläufige Befugnis zum Betriebe des angemeldeten, im Gewerbeschein aber nicht enthaltenen Betriebszweiges mit dem Eintritte der formellen Rechtskraft des Gewerbescheines erlischt[23]).

Insoweit dagegen ein Gewerbeschein über den Umfang der Anmeldung hinausgeht, ist er wegen Aktenwidrigkeit und

[22a]) A. M. Mataja a. a. O. 20, 34.

[23]) A. M. Kulisch, a. a. O. I, 259.

Verletzung der Form des § 144, Abs. 2, ungültig. Ebenso ist die Erteilung eines Gewerbescheines, dem gar keine Anmeldung zugrunde liegt, ungültig. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in einem speziellen Falle [24]) einen solchen Gewerbeschein als „seinem Wesen nach ungültig" bezeichnet [25]).

Die Erkenntnis, daß das Gewerberecht mit der Anmeldung entsteht, ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Vor allem muß die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit in diesem Augenblicke vorhanden sein [26]). Die in demselben Zeitpunkte geltenden Normen sind für den Umfang des Rechtes maßgebend [27]). Der derivative Übergang an die Witwe und die minderjährigen erbberechtigten Deszendenten findet statt, wenn das Gewerbe vor dem Tode des Erblassers angemeldet wurde, auch wenn dieser noch keinen Gewerbeschein erlangt hat, ja auch wenn er den Betrieb noch gar nicht begonnen hat. Die Zurücknahme ist nur zulässig, wenn der Mangel im Augenblicke der Anmeldung schon vorhanden war, die Entziehung nur, wenn der Entziehungsgrund erst nach der Anmeldung entstanden ist. Wäre die Anmeldung eine bloße Pflicht, so träte durch ihre Unterlassung zwar Strafbarkeit nach § 132, P. a), ein, das Gewerbe dürfte jedoch weiter betrieben werden, und erst die wiederholte Bestrafung hätte die Entziehung gemäß § 133 b), P. a), zur Folge. Nach der hier vertretenen Ansicht dagegen ist ein Betrieb ohne Anmeldung unbefugt und unmittelbar einzustellen.

Die formellen Erfordernisse der Anmeldung.

A. Die Anmeldung muß folgenden formellen Erfordernissen entsprechen, um ein Gewerberecht zu begründen:

1. Sie muß bei der kompetenten Behörde erfolgen, das ist nach § 141, Abs. 1 und 3, und § 144, Abs. 1, die politische Behörde erster Instanz. Eine Anmeldung bei einer sachlich unzuständigen Behörde wäre unter allen Umständen nichtig; eine Anmeldung bei einer örtlich unzuständigen Behörde oder einer höheren Instanz ist von dieser nicht entgegenzunehmen. Wäre die Entgegennahme trotzdem erfolgt, so macht sich die Behörde zwar verantwortlich, auch ist Untersagung des Betriebes nach § 13 zulässig. Ist aber einmal der Gewerbeschein ausgestellt,

[24]) E. v. 8. Nov. 1900, Z. 7562, B. 14764.
[25]) Vgl. auch Kulisch, a. a. O.
[26]) Vgl. u. a. V. G. H. v. 14. Dez. 1898, Z. 6935, B. 12270.
[27]) V. G. H. v. 20. Febr. 1885, Z. 483, B. 2419.

so ist das Gewerberecht rechtmäßig begründet und eine Zurücknahme wegen dieses Mangels nicht mehr möglich.

2. Die Anmeldung muß von dem „Unternehmer" (§ 11, Abs. 2), das heißt, dem künftigen Inhaber, ausgehen; ist er handlungsunfähig, von seinem gesetzlichen Vertreter mit Zustimmung des Gerichtes. Der Gewerbebetrieb einer juristischen Person ist durch ein zu ihrer Vertretung nach außen bevollmächtigtes Organ anzumelden.

Bei Anmeldungen seitens anderer Personen als der genannten hat die Behörde zu entscheiden, ob ein genügendes Vollmachtsverhältnis, bzw. nachträgliche Genehmigung vorliegt. Findet sie dies nicht, so ist die Anmeldung nichtig.

3. Die Anmeldung muß eine Anzeige der Absicht sein, ein selbständiges Gewerbe zu betreiben[28]).

4. Die Anmeldung kann schriftlich (in Form eines Gesuches, Briefes, Telegrammes)[29]) überreicht oder mündlich zu Protokoll gegeben werden (§ 144, Abs. 1). Bloße mündliche Mitteilung an ein Amtsorgan, welches deren Protokollierung verweigert, könnte nicht genügen[30]).

B. Eine weitere Vorschrift über die äußere Form ist zum Zwecke der Gültigkeit nicht zu beobachten[31]). Dagegen trifft § 12 Anordnungen über den Inhalt der Meldung. Diese soll enthalten: Name, Alter, Wohnort und Staatsangehörigkeit des Gewerbes, sowie den „Standort der Ausübung"; ferner bei Nichteigenberechtigten die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Gerichtes; endlich in den Fällen beschränkter Erwerbsfähigkeit nach § 2, Abs. 2 und § 3, auch Name, Alter, Wohnort und Staatsangehörigkeit des Stellvertreters oder Pächters. Materielle Richtigkeit dieser Angaben ist zur Gültigkeit der Anmeldung wohl nicht erforderlich (z. B. genaue Angabe des Lebensalters), wenn nur tatsächlich die vom Gesetze geforderte Qualifikation (z. B. Großjährigkeit) vorhanden ist und in der Anmeldung behauptet wird. Wäre sie tatsächlich nicht vorhanden, so läge ein gesetzlicher Mangel vor; wäre sie zwar vorhanden, aber nicht mit der Anmeldung behauptet, und verweigert die Behörde daher den Gewerbeschein, so könnte dies

---

[28]) V. G. H. v. 8. Nov. 1900, Z. 7562, B. 14764.

[29]) Heller, Das öst. Gewerberecht, 184.

[30]) V. G. H. v. 9. März 1905, Z. 2579, B. 3368 A.

[31]) Vgl. auch Mayrhofer, Handbuch f. d. polit. Verwaltungsdienst, I, 1159.

einen Grund zur Wiederaufnahme bilden. Kommt dagegen die Unrichtigkeit rechtzeitig auf, und wird der Gewerbeschein erteilt, so schadet der in der Unrichtigkeit der Anmeldung gelegene Formmangel nicht[32]).

Auch das gänzliche Fehlen eines oder mehrerer der genannten Angaben ist unwesentlich. Nur wenn die Identitätsmerkmale des Gewerberechtes: Person des Inhabers, Betriebsort, „Standort der Ausübung" nicht mit Sicherheit aus der Anmeldung entnommen werden könnten, wäre diese nichtig.

Hiebei ist „Standort der Ausübung" in dem oben[33]) entwickelten Sinne zu nehmen. Eine nähere Angabe, etwa des Stand p l a t z e s, ist also bei Gewerben ohne feste Betriebsstätte zur Gültigkeit der Anmeldung nicht erforderlich.

Gehen die genannten Momente aus einer Anzeige mit Sicherheit hervor, so hat dieselbe trotz ihrer sonstigen Formlosigkeit die Wirkung einer Anmeldung[34]).

Ebenso ist es wesentlich, daß bei beschränkter Erwerbsfähigkeit (§§ 2 und 3) die Namhaftmachung des Stellvertreters oder Pächters in der Anmeldung erfolgt.

Die Behörde darf also die Anmeldung n u r d a n n als nichtig ansehen, wenn daraus die Identität des Inhabers, die Art der gewählten Beschäftigung usw. n i c h t zu entnehmen ist. Erlässe, wie die des Ministeriums des Innern vom 1. Juli 1889, Z. 13.251[35]), und vom 4. September 1889, Z. 13.129[36]), durch welche den Behörden Instruktionen für diese Würdigung des Tatbestandes erteilt werden, sind daher ungesetzlich, wenn sie die Behörden anweisen, Anmeldungen von Gewerben nicht anzunehmen, deren Bezeichnung nach dem Sprachgebrauche zwar weit, aber doch unzweideutig ist, z. B. „Erzeugung von Konfektionswaren", „Paramentenerzeugung". Allerdings müßte sich die Partei, welche den Betriebsumfang nicht spezialisiert, gefallen lassen, daß die Behörde den Ausdruck in dem ungünstigsten Sinne auslegt, also z. B. als Konfektionswaren nur die-

---

[32]) Vgl. auch Mayrhofer, Handbuch f. d. polit. Verwaltungsdienst, I, 1159.

[33]) S. 105 ff.

[34]) Dagegen der Erl. d. Min. d. Inn. v. 10. Dez. 1897, Z. 30024, u. V. G. H. v. 8. Nov. 1900, Z. 7562, B. 14764.

[35]) Norm. Slg. 690.

[36]) Norm. Slg. 2767.

jenigen Waren betrachtet, welche unzweifelhaft „Konfektionswaren" im Sinne des Sprachgebrauches sind.

C. Zur Gültigkeit der Anmeldung ist nicht erforderlich, daß die Belege für die Richtigkeit der oben besprochenen Angaben, z. B. Heimatschein, Lehrzeugnis usw., beigelegt werden. Es genügt, wenn die Fähigkeit zum Rechtserwerbe objektiv vorhanden ist. Allerdings fordert die Praxis Beibringung der Belege dafür zugleich mit der Anmeldung[37]). Allein sie darf eine Anmeldung nicht schon deswegen als unzureichend betrachten, wenn jene Nachweise ganz oder teilweise fehlen, sondern erst, wenn sie trotz Aufforderung nicht beigebracht werden[38]). Denn sie hat nach § 13 die gesetzlichen Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen. Es genügt daher, wenn die erforderliche Qualifikation bloß behauptet wurde, und dies geschieht eben durch die Anmeldung[39]).

Einen unwesentlichen Formmangel bildet die nach § 12, Abs. 3, unzulässige Verbindung wesentlich verschiedener Gewerbe in einer Anmeldung[40]), ebenso der Mangel des von § 107, Abs. 2, geforderten Ausweises über den Erlag der Inkorporationsgebühr und der in der Praxis vielfach geforderten Dokumente über die Erfüllung der Militärpflicht.

Die formellen Erfordernisse des Gewerbescheines.

Der Gewerbeschein ist nach § 144, Abs. 2, in der Form eines Auszuges der Anmeldung auszufertigen. Es genügt also zur Gültigkeit, daß die Identität der Person, der Betriebsart und des Standortes der Ausübung mit den in der Anmeldung enthaltenen Elementen daraus hervorgeht[41]). In den Fällen der §§ 2 und 3 muß außerdem der namhaft gemachte Stellvertreter oder Pächter im Gewerbeschein enthalten sein. Ein weiteres Erfordernis ist nicht zu erfüllen. Insbesondere schadet es

[37]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 6. Okt. 1889, Z. 17169, Norm. Slg. 1618, Seltsam und Posselt, a. a. O. zu § 22 usw. Nach Heller, Das öst. Gewerberecht, 189, ist nicht strikter Beweis nötig, sondern genügt die Glaubhaftmachung.

[38]) Vgl. auch Heller, a. a. O. 190.

[39]) Ähnlich Brockhausen, Zeitschr. f. Verw. XVII, 158, welcher ausführt, es genüge, wenn der Befähigungsnachweis zur Zeit der Anmeldung „angetreten", obgleich noch nicht „erbracht" sei.

[40]) Heller, Das öst. Gewerberecht, 194.

[41]) Vgl. auch V. G. H. vom 5. Juli 1896, Z. 7800, B. 4565 A.

nicht, wenn der Gewerbeschein irrtümlich in der Form einer Konzessionsurkunde ausgestellt wurde[42]). Auch das Fehlen der von § 144, Abs. 2, geforderten Bestätigung der erfolgten Eintragung in das Gewerberegister beeinträchtigt die Wirkung des Gewerbescheines nicht.

Da der Gewerbeschein Ausfertigung einer Entscheidung ist, so ist Voraussetzung seiner Gültigkeit, daß er mit dieser übereinstimmt. Sonst könnte seine Berichtigung jederzeit gefordert, sowie von Amts wegen verfügt werden.

2. Die konzessionierten Gewerbe.

1. „Wer ein an eine Konzession gebundenes Gewerbebetreiben will, hat unter Nachweisung der gesetzlichen Erfordernisse um die Konzession anzusuchen. Vor erlangter Konzession darf mit dem Betriebe nicht begonnen werden" (§ 22). Es folgt schon aus dem Ausdruck Konzession, daß vor Erteilung einer solchen ein subjektives Recht zum Betriebe nicht besteht. Dies will auch offenbar der letzte Satz des § 22 besagen. Denn was für Grund hätte der Gesetzgeber, hier schon früher ein Recht einzuräumen, dessen Ausübung er verbietet? Die Praxis zweifelt daher auch nicht daran, daß das Gewerberecht mit der Konzession entsteht[43]). Auch die Literatur, soferne sie das subjektive Recht zum Gewerbebetrieb überhaupt anerkennt, teilt im allgemeinen diesen Standpunkt[44]).

2. Dagegen tritt hier eine andere Frage in den Vordergrund des Interesses: Kann die Konzession nach freiem Ermessen erteilt und verweigert werden, oder m u ß sie bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen erteilt werden, wie die Approbation und Konzession des deutschen Rechtes? (§§ 29, 30 R. G. O.)

---

[42]) V. G. H. v. 10. Okt. 1896, Z. 5386, B. 9968.

[43]) Statt vieler seien zitiert V. G. H. v. 12. Jänner 1899, Z. 277, B. 12378, u. v. 3. Apr. 1900, Z. 2374, B. 14013; Fin. Min. Erl. v. 4. Jänner 1886, Z. 17338, u. v. 26. Jänner 1905, Z. 5465 ex 1904, Amtsbl. f. d. Handels- u. Gew.-Verw. I, 154.

[44]) Ulbrich, Lehrbuch des öst. Staatsrechtes, 573, und Lehrbuch d. öst. Verw.-R., 513, Gumplowicz, Das österr. Staatsrecht, 3. Aufl., 487, Anm. 27, Mataja, a. a. O. 25, Kulisch, a. a. O. I, 269, Komorzynski, im Öst. Staatswörterbuch v. Mischler-Ulbrich, 2. Aufl., II, 628, Heller, Das öst. Gewerberecht, 199, 206, u. a. Für das deutsche Recht vgl. insb. Rehm, a. a. O. 73 ff. Anders die von ihm a. a. O. 10 ff. und 73 ff. bekämpften Ansichten von Löning und Gluth.

Diese Frage spielt allerdings in der Praxis so lange keine Rolle, als man die Würdigung von Tatbestandsmomenten als Tätigkeit des freien Ermessens ansieht. Die Antwort darauf ist eben nicht jene, welche man in der Regel gibt: Verläßlichkeit, Lokalbedarf usw. seien nach „freiem Ermessen" zu beurteilen, daher könne die Konzession nach freiem Ermessen erteilt oder verweigert werden. Es fragt sich ja etwas ganz anderes: wenn die Behörde nach sorgfältiger Prüfung und Würdigung aller Tatumstände zu der Überzeugung gelangt ist, daß Verläßlichkeit, Lokalbedarf und alle sonstigen Voraussetzungen vorhanden sind, ist sie dann verpflichtet, die Konzession zu erteilen, oder kann sie dieselbe etwa aus wirtschafts- oder sozialpolitischen Motiven usw. verweigern?

Der Verwaltungsgerichtshof hat vereinzelt die Ansicht ausgesprochen, daß die Konzession bei Vorhandensein aller gesetzlichen Voraussetzungen nicht versagt werden dürfe[45]). Andrerseits hat er erklärt, die Konzession müsse nicht schon dann verliehen werden, wenn der Bewerber die gesetzliche Qualifikation besitze, sondern könne trotzdem nach freiem Ermessen verweigert werden[46]). In der überwiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen wirft er jedoch die Frage gar nicht auf, da er zwischen freiem Ermessen und freier Tatbestandswürdigung nicht unterscheidet.

Ob man sich dieser oder jener Ansicht anschließt, hat wichtige Konsequenzen. Ist das freie Ermessen der Behörde ausgeschlossen, so entsteht durch das Konzessionsgesuch nicht bloß ein formelles Recht auf Erledigung desselben, sondern auch ein materielles auf Erteilung der Konzession[47]). Dies hätte insbesondere folgende Konsequenzen: gegen Verweigerung der Konzession stünde die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof offen; wenn mehrere um ein und dieselbe Konzession angesucht haben, müßte der erste sie erhalten; endlich dürfte die Behörde die Konzessionierung an keine Bedingung oder Befristung

---

[45]) E. v. 4. Dez. 1879, Z. 2145, B. 634. Vgl. ferner Fuhrmann im Öst. Verwaltungsarchiv IV, 433, dagegen aber a. a. O. 435.

[46]) E. v. 11. März 1885, Z. 669, B. 2447. Vgl. auch die E. v. 12. Jänner 1899, Z. 277, B. 12378 u. a. Allerdings wird unter „gesetzlichen" Erfordernissen Verschiedenes verstanden, indem z. B. Verläßlichkeit bald als gesetzliche Voraussetzung des freien Ermessens, bald als eine Frage des freien Ermessens selbst betrachtet wird.

[47]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R., I, 290.

knüpfen und mit keiner Auflage belasten, die nicht im Gesetze begründet ist.

Sicherlich hat der Gesetzgeber diese Konsequenzen nicht gewollt. Bezüglich der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes genügt es wohl, auf folgende Worte des Motivenberichtes zum Gesetze über den Verwaltungsgerichtshof[48]) hinzuweisen: „Über die „Opportunität" einer Maßregel gibt es keinen richterlichen Entscheid. Wenn daher z. B. die Behörde ein Gesuch um eine Konzession ablehnt, weil die Gewährung nach der Ansicht der angegangenen Behörde für das öffentliche Interesse Nachteil oder doch keinen Vorteil brächte, so übt sie nur ihr Recht und man kann darüber noch streiten und die Entscheidung höherer Stellen provozieren, ob die Ansicht der Behörde erster Instanz bezüglich der Zweckmäßigkeitsfragen richtig sei oder nicht. Aber eine Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshofe muß ausgeschlossen sein, da hier kein „Recht" vorliegt, welches durch die zum Nachteile des Konzessionswerbers ergangene administrative Entscheidung „verletzt" worden wäre."

In dem Falle, daß mehrere sich um ein Gewerberecht bewerben, ist die Konzession nach der Absicht des Gesetzgebers gewiß nicht dem ersten, sondern dem besten Bewerber, d. h. demjenigen, dessen Konzessionierung den öffentlichen Interessen am besten entspricht, zu erteilen. Nur diesen Sinn kann man dem Ausdruck „konzessioniertes Gewerbe" im Gegensatze zu den „freien Gewerben" beilegen, solange nicht ausdrücklich das Gegenteil normiert ist, wie es z. B. die deutsche Gewerbeordnung tut. Im Begriffe der Konzessionierung liegt es, daß sie auch verweigert werden kann, und zwar im öffentlichen Interesse. Dieses kann nun tangiert sein, sobald sich ein besserer Bewerber findet. Daher erklärt sich auch die Konkursausschreibung vor Erteilung der Konzession, die sonst meist keinen Sinn hätte[49]). Auch der Verwaltungsgerichtshof hat die Ansicht ausgesprochen, daß die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher konkurrierende

---

[48]) 148 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, VII. Session; Mahl-Schedl, Der Verwaltungsgerichtshof, 12, 13.

[49]) Vgl. übrigens Fuhrmann, a. a. O. I, 440.

Gesuche um gewerbliche Konzessionen zu berücksichtigen sind, dem freien Ermessen der Behörde unterliegt[50]).

Endlich ist die Behörde berechtigt, die Konzession nach ihrem freien Ermessen an Bedingungen und Befristungen zu knüpfen, oder mit Auflagen zu belasten. Dies geht schon aus dem letzten Satze des § 23 hervor, der sich auf alle konzessionierten Gewerbe, nicht bloß auf die im § 15 genannten, bezieht[51]). Die Anforderungen der Sicherheits-, Sittlichkeits-, Gesundheits-, Feuer- oder Verkehrspolizei werden oft nur durch Auferlegung von Bedingungen oder Auflagen bei Erteilung der Konzession gewahrt werden können. Auch die Praxis gestattet solche Beschränkungen[52]) und geht hiebei über die im § 23, Abs. 5, gegebenen Gesichtspunkte weit hinaus. Ein Beispiel einer Resolutivbedingung ist die in das Konzessionsdekret aufgenommene Klausel, daß bei „Konzessionsüberschreitung" Verlust der Konzession eintritt[53]). Auch andere Beschränkungen aller Art kommen vor, z. B. Unübertragbarkeit auf einen anderen Standort[54]).

Die Literatur übergeht häufig die Frage nach der Zulässigkeit von Bedingungen, Befristungen usw.[55]). Otto Mayer[56]) hält Bedingungen im allgemeinen für statthaft, jedoch mit Ausnahme jener, welche gegen den Willen des die Erlaubnis normierenden Rechtssatzes verstoßen. Dies ist wohl selbstverständlich. Hiegegen schließt Ulbrich[57]) alle jene Bedingungen aus, welche mit der Gewerbepolizei in keinem Zusammenhang stehen. Dies ist sicherlich zu weit gegangen. Gewiß wäre z. B. die Bedingung zulässig, daß der Gewerbetreibende keine ausländischen Arbeiter beschäftigen dürfe, wenn politische Verhältnisse dies rechtfertigen. Schutz gegen Mißbrauch des freien Ermessens durch die Behörde bietet hier wie in allen Fällen in letzter Linie die rechtliche und politische Verantwortlichkeit der Mini-

---

[50]) Entsch. v. 23. Mai 1887, Z. 1435, Exel, Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe, 1756.

[51]) Mataja, a. a. O. 25, 26, Kulisch, a. a. O. I, 266.

[52]) V. G. H. v. 27. Dez. 1889, Z. 4286, B. 5044, v. 4. Juni 1891, Z. 2001, B. 6007, v. gleichen Tage Z. 2002, B. 6008. Über Befristungen vgl. V. G. H. v. 29. Nov. 1893, Z. 3994, B. 7551.

[53]) So in V. G. H. v. 18. Nov. 1903, Z. 11901, B. 2133 A.

[54]) So in V. G. H. v. 18. Okt. 1906, Z. 10942, B. 4692 A.

[55]) Kulisch, a. a. O. I, 268, erklärt sie für erlaubt.

[56]) Deutsches Verw.-R. I, 296.

[57]) Lehrb. d. öst. Verw.-R., 515.

ster. Eine Befristung darf nach Otto Mayer[58]) dann nicht auferlegt werden, wenn das Gesetz die Endigungsgründe der Erlaubnis selbst normiert. Nun zählt das österreichische Gesetz bloß die Entziehungsgründe, nicht aber alle Erlöschungsgründe überhaupt taxativ auf. War doch der Verzicht bis zur Novelle von 1907 im Gesetze überhaupt nicht erwähnt. Nur vereinzelnt wird für das österreichische Recht die Behauptung vertreten, daß Bedingungen und Befristungen bei Konzessionserteilungen unzulässig seien[59]).

Wir gelangen somit zu dem Schlusse, daß es kein Recht auf Erteilung einer Konzession gibt. Dies ist auch im allgemeinen der Standpunkt der Theorie, soferne sie die Frage überhaupt aufwirft. Layer[60]) sagt bloß im allgemeinen, ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession bestehe in der Regel nicht. Kulisch[61]) erklärt ausdrücklich, die Konzession dürfe auch bei Vorhandensein sämtlicher gesetzlicher Erfordernisse verweigert werden. Derselben Anschauung gibt v. Komorzynski[62]) Ausdruck, indem er sagt, die Konzessionserteilung sei nicht bloß formell, sondern auch inhaltlich konstitutiv, im Gegensatz zur Anmeldung, welche zwar formell konstitutiv, inhaltlich aber deklarativ sei. Heller[63]) führt aus, ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession bestehe nie, selbst dann nicht, wenn alle subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Bewerbung gegeben sind.

Die Vorschrift des § 23, Abs. 5, daß eine Konzession nur verliehen werden dürfe, wenn vom Standpunkte der Sicherheits-, Sittlichkeits-, Gesundheits-, Feuer- oder Verkehrspolizei kein Anstand obwalte, hat nur die Bedeutung einer Instruktion. Soferne besondere polizeiliche, nach außen wirkende Normen entgegenstehen, wäre eine Konzessionsverleihung allerdings ungesetzlich, aber nicht wegen Verstoßes gegen § 23, Abs. 5, sondern gegen jene spezielle Norm. § 23, Abs. 5, wäre daher insoweit überflüssig. Darüber hinaus war eine Ermächtigung der Behörde nach außen, jene polizeilichen Gesichtspunkte geltend zu machen, deshalb nicht erforderlich, weil sie

---

[58]) a. a. O. I, 297.
[59]) So v. Rauscher, Zeitschr. f. Verw. XXIV, 88.
[60]) Prinzipien des Enteignungsrechtes, 573, Anm. 1.
[61]) a. a. O. I, 268.
[62]) a. a. O. II, 628.
[63]) Das öst. Gewerberecht, 201.

durch die Einräumung freien Ermessens ermächtigt war, die Konzession auch aus beliebigen anderen Gründen zu verweigern. § 23, Abs. 5, verpflichtet daher die Behörde bloß gegenüber ihren Vorgesetzten, bzw. in letzter Linie den Minister bei seiner Verantwortlichkeit, anläßlich der Erwägung des freien Ermessens die genannten Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Das Gesagte gilt auch von der Pflicht der Bedachtnahme auf die Lokalverhältnisse, soweit darin nicht bloß die gesetzliche Voraussetzung des Lokalbedarfes[64]) enthalten ist.

III. Wenn die Konzession auch im allgemeinen nach freiem Ermessen erteilt oder verweigert werden kann, so sind doch Ausnahmsfälle denkbar, in welchen die Behörde nicht bloß nach innen, instruktionsgemäß, sondern auch nach außen hin verpflichtet ist, eine Konzession zu erteilen, wie dies z. B. im deutschen Rechte die Regel ist. Ob dann dem Bewerber ein subjektives Recht auf Konzessionserteilung zukommt, hängt von den im I. Abschnitte besprochenen Kriterien ab. Ein Beispiel nach österreichischem Rechte wäre die Zurücklegung einer Konzession unter der Bedingung, daß demselben Inhaber dafür eine andere Konzession erteilt wird. Da die bedingte Zurücklegung zulässig ist[65]) und da man mangels einer entgegenstehenden Norm wohl annehmen muß, daß die Behörde im Gebiete ihres freien Ermessens auch bevollmächtigt wird, den staatlichen Willen rechtsgültig zu binden, so ist der oben genannte Vorgang statthaft.

Das Recht auf Erteilung der Konzession geht auf ein facere. Daher gibt hier auch Otto Mayer[66]) den Rechtscharakter zu, den er der Gewerbebefugnis abspricht. Das Recht erlischt, wenn der Berechtigte zum Erwerb der Konzession unfähig wird, ferner durch Verzicht usw. Im übrigen soll auf dieses Recht wegen seiner geringen praktischen Bedeutung nach österreichischem Rechte hier nicht näher eingegangen werden.

Das Konzessionsgesuch.

Voraussetzung der Konzessionsverleihung ist ein Ansuchen (§ 22). Dieses ist bei der nach den §§ 141 bis 144 zuständiger Behörde vorzubringen. Es kann schriftlich über-

---

[64]) Vgl. Heller, Das öst. Gewerberecht, 203.

[65]) s. das unten im V. Abschnitte Ausgeführte.

[66]) Deutsches Verw.-R. I, 290, und Anm. 19 zu 113.

reicht oder mündlich zu Protokoll gegeben werden (§ 144, Abs. 1). Es kann auch ausdrücklich oder implicite als Eventualbegehren mit der Anmeldung verbunden werden[67]). Inhaltlich ist bloß erforderlich, daß die Person des Inhabers[68]), die Betriebsart und der Standort der Ausübung daraus mit Sicherheit zu entnehmen sind.

Das so beschaffene Gesuch erzeugt ein formelles Recht auf Erledigung, d. h. auf Erteilung der Konzession oder auf eine mit Gründen versehene, der Partei bekanntzugebende Abweisung (§ 146, Abs. 1). Diese Wirkung ist nur durch die Erfüllung der eben aufgezählten Erfordernisse bedingt, andere Voraussetzungen hiefür gibt es nicht[69]). Insbesondere ist die von § 22 geforderte Nachweisung der gesetzlichen Erfordernisse nicht wesentlich. Manche gesetzlichen Voraussetzungen, z. B. Verläßlichkeit, Unbescholtenheit, Lokalbedarf, lassen sich ja gar nicht oder doch nur höchst formell erweisen. Die Partei, welche die Nachweisdokumente nicht beilegt, riskiert allerdings, daß ihr Gesuch abweislich beschieden wird; solange das letztere aber nicht geschehen ist, kann sie dieselben immer noch beibringen.

Immerhin ist die Vorschrift des § 22, daß das Konzessionsgesuch gehörig zu instruieren ist, nicht ohne Bedeutung. Sie enthebt nämlich die Behörde der Verpflichtung, das Vorhandensein jener Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen, welche die Partei nach § 22 schon gelegentlich ihres Ansuchens darzutun hat, z. B. der Staatsbürgerschaft, Eigenberechtigung usw. und ermächtigt sie daher, das Gesuch der Partei zur Verbesserung zurückzustellen[70]).

Das Konzessionsgesuch hat demnach eine dreifache Wirkung:

1. Es begründet einen Anspruch der Partei auf eine behördliche Entscheidung darüber, ob jene gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen die Konzession nach freiem Ermessen verliehen werden kann.

---

[67]) V. G. H. v. 28. März 1901, Z. 2394, B. 220 A.

[68]) V. G. H. v. 5. Juli 1906, Z. 7800, Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. I, 252.

[69]) Vgl. Mayrhofer, Handb. f. d. polit. Verwaltungsdienst, I, 1159. Auch Vorschriften, wie die des § 21 e), Abs. 1, dürften nicht Bedingungen der Gültigkeit des Ansuchens als solchen sein.

[70]) Vgl. Heller, a. a. O. 201.

2. Ist das Gesuch gehörig instruiert, so entsteht überdies ein Anspruch der Partei auf ein Verfahren unter ihrer Mitwirkung zum Zwecke der Feststellung des gesetzlichen Tatbestandes [71]).

3. Ergibt dieses Verfahren, daß alle gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, so ist die Behörde verpflichtet, sich darüber ein Urteil zu bilden, ob die Konzessionserteilung dem öffentlichen Interesse entspricht oder nicht [72]) und demgemäß die Konzession zu erteilen oder zu verweigern.

Die formellen Erfordernisse der Konzession.

Ob das Konzessionsgesuch Voraussetzung der Gültigkeit der Konzession ist, hat das österreichische Recht nicht ausdrücklich entschieden. Otto Mayer [73]) nimmt an, daß das Gesuch die rechtliche Bedingung des Aktes sei, daß dieser ohne das Gesuch zwar nicht unwirksam, aber ungültig sei. Dagegen hält der Verwaltungsgerichtshof wohl mit Recht eine Zurücknahme aus dem Grunde, weil ein Konzessionsgesuch nicht eingebracht war [74]) oder weil es formell mangelhaft war [75]) für unstatthaft [76]).

Die Konzessionsurkunde selbst ist als förmliches Dekret auszufertigen (§ 144, Abs. 3). Doch ist weder die Einhaltung dieser Form noch die Überschrift „Konzession" für die Gültigkeit wesentlich [77]). Ebensowenig schadet es, wenn im Falle des derivativen Überganges des Etablissements für den neuen Konzessionswerber statt einer neuerlichen Konzessionserteilung eine „Konzessionsüberschreibung" erfolgt [78]). Es genügt überhaupt, wenn aus der Urkunde die Identität des gewährten Rechtes mit dem begehrten, bzw. ausgeübten zu entnehmen ist. Weitere Erfordernisse sind nicht zu erfüllen. Es ist daher z. B.

---

[71]) V. G. H. v. 26. Nov. 1903, Z. 12201, B. 2162 A.

[72]) Vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 129, und Radnitzky, Parteiwillkür im öffentlichen Recht, 44.

[73]) Deutsches Verw.-R. I, 291.

[74]) E. v. 11. Okt. 1888, Z. 3138, B. 4278.

[75]) E. v. 19. März 1884, Z. 482, B. 2061, v. 30. Juni 1887, Z. 1860, B. 3615, v. 14. Okt. 1891, Z. 3232, B. 6172, v. 18. Okt. 1895, Z. 4883, B. 8914, u. a.

[76]) Ebenso Heller, a. a. O. 201.

[77]) V. G. H. v. 17. Juni 1898, Z. 3256, B. 11837.

[78]) V. G. H. v. 14. Okt. 1891, Z. 3232, B. 6172 A.

tung[89]). Allerdings kann der nunmehrige Inhaber das freiwillige Stellvertretungs- und Pachtverhältnis durch bloße Anzeige bei der Gewerbebehörde beendigen. Auch die Mängel des Rechtes, Nichtigkeits- und Zurücknahmegründe, bleiben unverändert. Ist aber das Verfahren wegen einer Entziehung nach § 139, Abs. 3 a) oder b), im Zuge, die Entziehung jedoch im Augenblicke des T o d e s des Erblassers noch nicht ausgesprochen, so ist sie nicht mehr statthaft, weil ihr Grund (Gefahr des Mißbrauches, Unverläßlichkeit) nicht mehr vorhanden ist[90]). Hier zeigt sich der Unterschied zwischen der Zurücknahme eines ungültig erworbenen und dem Verluste eines gültig erworbenen Gewerberechtes. Auch die Tatsache, daß eine „wiederholte" Bestrafung (§ 133 a, P. d), § 133 b, P. a) und eine „wiederholte" schriftliche Warnung (§ 139, Abs. 3 b) bereits stattgefunden hat, wird mit dem Tode des wiederholt Bestraften, bzw. Gewarnten, wirkungslos, es müssen diese Akte gegen die neuen Inhaber „wiederholt" Platz gegriffen haben, damit eine Entziehung zulässig wäre[91]).

§ 56, Abs. 4, schränkt den derivativen Übergang auf konzessionierte, handwerksmäßige und jene Handelsgewerbe, welche an einen Befähigungsnachweis gebunden sind, ein[92]). Bezüglich der übrigen freien Gewerbe ist es allerdings in der Regel praktisch ohne Bedeutung, ob sie auf Grund einer Anzeige oder einer neuerlichen Anmeldung weiter betrieben werden[93]). Immerhin kann jene Einschränkung zu Unzukömmlichkeiten führen. So kann z. B. nach dem Tode des Erblassers ein Dritter der Witwe, bzw. den Deszendenten, mit der Anmeldung zuvorkommen und es ihnen dadurch unmöglich machen, für d i e s e n Standort das Gewerberecht zu erwerben.

Für die Beurteilung, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe, ein handwerksmäßiges oder konzessioniertes sei, ist der Zeitpunkt des Todes des Erblassers maßgebend[94]).

Der derivative Übergang des Gewerberechtes findet auch

---

[89]) A. M. Mißliwetz, a. a. O. 5.

[90]) O. V. G. v. 12. Mai 1887, Bd. XV, Nr. 48.

[91]) Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierte Entscheidung.

[92]) Stubenrauch, Handbuch des neuen öst. Gewerber. 121 will diese Bestimmung auch auf freie Gewerbe ausdehnen.

[93]) Die Anmeldung ist jedoch stempelpflichtig, die Anzeige stempelfrei; Fin. Min. Erl. v. 26. Jänner 1906, Z. 38456 ex 04 und 5465 ex 04, Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. I, 153 u. 154.

[94]) Entsch. d. Hand.-Min. v. 28. Juni 1906, Z. 11896, Amtsbl. f. d. Handels- u. Gewerbeverw. I, 212.

nach dem Tode einer Inhaberin auf deren minderjährige, erbberechtigte Deszendenten statt, ohne Rücksicht darauf, ob der Vater der letzteren lebt, endlich auch auf die Erben einer Witwe, welche ihr Gewerberecht selbst derivativ erworben hat[95]).

Kein derivativer Übergang liegt vor, wenn zu einem oder mehreren Inhabern noch einer oder mehrere neu hinzutreten, wenn also aus einer Einzelunternehmung eine Gesellschaft wird[96]), oder wenn sich die Gesellschaft durch Eintritt neuer Mitglieder vergrößert. Denn für die Eintretenden liegt originärer Erwerb des Rechtes vor, sie sind weder Witwe noch Erben der anderen. In ihrer Person müssen daher die Erwerbsakte neu vollzogen werden (§ 56, Abs. 2 und 3), sie müssen auch die gewerberechtliche Erwerbsfähigkeit besitzen. Das Recht der bisherigen Inhaber dagegen wird durch den Eintritt der neuen Gesellschafter kein anderes, sondern wird nur auf eine ideale Quote eingeschränkt, es liegt gleichsam eine teilweise Zurücklegung vor. Ebensowenig ist es ein derivativer Übergang, wenn von mehreren Gesellschaftern einer oder einige austreten, selbst falls nur ein einziger übrig bliebe[97]).

2. Bei Realgewerben[98]).

Realgewerberechte sind Gewerberechte, welche nach den Grundsätzen des Privatrechtes übertragen werden[99]). Die Anzeige des Überganges[100]) bei der Behörde ist nicht Erwerbsakt. Die Realgewerbe sind entweder „radizierte" oder „verkäufliche" Gewerbe. Von der Darstellung der Propinationsrechte wird hier abgesehen.

1. Radizierte Gewerbe unterliegen den Normen für unbewegliche Sachen[101]) und werden mit dem Grundbuchskörper, zu welchem sie gehören, erworben. Dieser Grundbuchskörper ist Individualisierungsmoment des Rechtes. Wird er vergrößert oder verkleinert, so vermehrt oder verringert sich damit auch der

---

[95]) O. V. G. v. 17. Dez. 1884, Bd. 11, Nr. 44.

[96]) A. M. Komorzynski, Jur. Bl. XXXVI, 363.

[97]) V. G. H., v. 12. Juni 1903, Z. 6642 B., 1863 A u. v. 16. Nov. 1904, Z. 10781 B., 3055 A.

[98]) Literatur s. bei Heller, Das öst. Gewerber. 102, Anm. 116.

[99]) Vgl. die Hofdekrete v. 15. März 1784, 9. Aug. 1810 u. 20. Juli 1820, sowie Art. VII K. M. P. Vgl. auch Rehm, a. a. O. 54.

[100]) Heller, a. a. O. 200.

[101]) Hofdekret v. 20. Febr. 1795, J. G. S. Nr. 219.

örtliche Umfang des Gewerberechtes. Bei Teilung ist zweierlei denkbar: entweder das Gewerberecht bleibt bei einem Teile, dies entspricht einer Verringerung des örtlichen Umfanges des Rechtes; oder aber der örtliche Umfang des Rechtes teilt sich selbst, es entstehen so viele neue Gewerberechte mit kleinerem Umfang als Teile des Grundbuchskörpers. Der letztere Vorgang ist durch Art. VII K. M. P. ausgeschlossen, nach welchem keine Realgewerberechte neu begründet werden dürfen.

Die Übertragung eines radizierten Gewerberechtes auf eine andere Liegenschaft ist mit Bewilligung der Landesstelle möglich[102]), jedoch nur innerhalb des Bezirkes einer „Ortsobrigkeit“[103]), gegenwärtig wohl der Gemeinde. Auch die Verwandlung eines radizierten Gewerbes in ein verkäufliches ist mit Bewilligung der Landesstelle statthaft[104]). Diese Bewilligungen fallen in das freie Ermessen der Behörde[105]).

Kulisch[106]) bestreitet die Zulässigkeit der beiden genannten Arten von Bewilligungen, weil sie Neubegründungen von Realgewerberechten und daher durch Art. VII K. M. P. verboten seien. Seine Argumentation wäre nur dann richtig, wenn durch jene Bewilligungen das Gewerberecht wirklich ein neues, originär erworbenes würde, wenn also insbesondere Mängel, Beschränkungen, Belastungen des früheren Rechtes auf das spätere nicht übergingen. Dies wäre aber zweifellos nicht im Sinne der Vorschriften gelegen, welche die Übertragbarkeit der radizierten Gewerberechte und deren Verwandlung in verkäufliche gestattet haben. Das Hofdekret vom 20. Feber 1795, P. G. S. VI, Nr. 23, spricht davon, daß „das Gewerb in eben der Eigenschaft

[102]) Hofdekrete v. 12. Juli 1793, Kropatschek, Ges. Slg. III, 58, v. 20. Febr. 1795, P. G. S. VI, Nr. 23, S. 105, Hofkanzleidekret v. 8. Sept. 1799, P. G. S. XIV, Nr. 60, S. 170, Hofdekret v. 7. April 1802, P. G. S. XVII, Nr. 28, S. 86, V. G. H. v. 5. März 1890, Z. 706, B. 5190, v. 2. Juli 1892, Z. 2154, B. 6715, v. 26. Okt. 1895, Z. 5045, B. 8943, u. v. 13. Apr. 1904, Z. 3778, B. 2540 A; Heller, Das öst. Gewerberecht 110; daselbst Literatur, Anm. 125 a).

[103]) Hofkanzleidekret v. 11. Dez. 1828, Prov. G. S. für Niederösterreich X, Nr. 288, S. 634.

[104]) Hofdekret v. 12. Juli 1793; Kropatschek, Ges. Slg. III, S. 58.

[105]) Erl. d. Hand.-Min. v. 9. Jänner 1852, Z. 8106, L. G. B. für Mähren, Nr. 76, f. Salzburg, Nr. 83, V. G. H. v. 26. Okt. 1895, Z. 5045, B. 8943, u. v. 13. Apr. 1904, Z. 3778, B. 2540 A; Heller, a. a. O. 110, 111.

[106]) a. a. O. I, 179, 180.

auf ein anderes Haus übertragen werden muß“ [107]), im Gegensatz zu dem Falle, daß „vorhin niemals bestandene Gewerbe zu erteilen“ sind [108]). Das Hofkanzleidekret vom 8. September 1799, P. G. S. XIV, Nr. 60, welches im dritten Absatz die „neue Radizierung“ gänzlich untersagt, verfügt im Abs. 5: „Nur ein erwiesen radiziertes Gewerbe kann von der Landesstelle, wenn es die Umstände anraten, auf ein anderes Haus desselben Ortes, oder selbst auf das Haus eines anderen Ortes, übertragen werden, weil hiedurch das Gesetz, welches das Ziel hat, die radizierten Gewerbe nicht vermehren, sondern vielmehr vermindern, und sie in ihrem Werte nie höher steigen zu lassen, nicht verletzet wird.“ Um diese Bestimmungen außer Kraft zu setzen, hätte das Kundmachungspatent wohl eines ganz anderen Wortlautes bedurft.

2. Bezüglich der verkäuflichen Gewerbe ist nach dem Hofdekret vom 6. Juli 1843, J. G. S. Nr. 720, festzuhalten, daß sie „zu den beweglichen Sachen gehören, auf welche ein dingliches Recht nur durch die in den §§ 426, 427, 428 und 451 a. b. G. B. und 314 A. G. O. vorgeschriebenen Weise erworben werden könne, indem hier eine Analogie mit der Art und Weise stattfinde, wie Eigentums- und Pfandrechte auf Geldsummen und andere Gegenstände erworben werden, welche bei öffentlichen Depositenämtern hinterlegt sind“.[109])

Im Sinne dieser Norm ist der Übertragungsakt des Gewerberechtes von dem obligatorischen Vertrag, es zu übertragen, zu unterscheiden. Da die körperliche Übergabe eines Gewerberechtes von Hand zu Hand nicht möglich ist, so ist die Form des Erwerbsaktes Tradition des Etablissements oder Übergabe der Urkunden, welche das Recht dartun. Auch ein constitutum possessorium und eine traditio brevi manu ist denkbar, indem der Inhaber einem Dritten erklärt, das Gewerberecht fortan als dessen Stellvertreter oder Pächter ausüben zu wollen, bzw. indem der Stellvertreter oder Pächter das Recht durch

---

[107]) Abs. 2, S. 106, 107.

[108]) Abs. 7, S. 108, 109; fast genau übereinstimmend damit das Hofdekr. v. 7. April 1802, P. G. S. XVII, Nr. 28, vgl. Abs. 2, S. 88, mit Abs. 6, S. 90.

[109]) Vgl. über die verkäuflichen Gewerbe auch die in Anm. 102 zitierten Hofdekrete v. 20. Febr. 1795. Abs. 3, u. v. 7. Apr. 1802, Abs. 3, das Hofkanzleidekret v. 4. Jänner 1842, J. G. S. 586, usw., ferner Hofer, Das Realgewerbe u. a.

Erklärung vom bisherigen Inhaber erwirbt. Ferner erfolgt derivativer Rechtserwerb im Wege der Universalsukzession. Keine Art der Übergabe ist die Eintragung in das Vormerkbuch, denn sie setzt den Rechtserwerb schon voraus[110]).

V. Die Erlöschung des Gewerberechtes.

Es gibt Arten von Aufhebung eines Gewerberechtes, welche in Mängeln des Entstehungsaktes ihren Rechtsgrund haben (Nichtigerklärung, Zurücknahme). Unter anderen Voraussetzungen erlischt ein fehlerfrei begründetes Recht. In der erstgenannten Gruppe von Fällen muß der Mangel zur Zeit der Rechtsbegründung vorhanden gewesen sein. Jene anderen Voraussetzungen hingegen, die Erlöschungsgründe im engeren Sinn, dürfen zu dieser Zeit noch gar nicht vorliegen, sonst könnten sie allenfalls die Entstehung des Rechtes hindern, nicht aber dessen Untergang herbeiführen[1]). Es empfiehlt sich, die Besprechung der Nichtigerklärung und der Zurücknahme von jener der Erlöschungsgründe zu trennen. Denn für diese gelten andere Grundsätze als für jene beiden. Es sind daher im folgenden unter Erlöschungsgründen des Gewerberechtes nur jene Tatsachen verstanden, welche die Beendigung auch eines gültig und ohne wesentliche Mängel begründeten Rechtes bewirken. Von der Nichtigerklärung und der Zurücknahme wird im letzten Abschnitte die Rede sein.

Die Erlöschungsgründe des Gewerberechtes sind verschieden bei Personal- und bei Realgewerben.

A. Bei Personalgewerben.

Ein Personalgewerberecht erlischt in folgenden Fällen:

1. Durch den Wegfall des Subjektes;
2. durch den Eintritt des echten Endtermines und der echten Resolutivbedingung;

---

[110]) Das zit. Hofdekret v. 6. Juli 1843, P. a), Erl. d. Hand.-Min. v. 6. März 1859, Z. 8306 ex 1858, § 2 u. a.

[1]) Vgl. u. a. die Entsch. d. Min. d. Inn. v. 7. Aug. 1877, Z. 5748, Zeitschr. f. Verw. X, 147, 148; O. V. G. v. 10. Febr. 1879, Bd. V, Nr. 43.

3. durch Willenshandlung des Subjektes (Verzicht, Zurücklegung, Anheimsagung);
4. durch Willenshandlung der Behörde (Entziehung).

1. Das Gewerberecht erlischt mit dem Tode des Gewerbsinhabers (§ 56, Abs. 1 und 3). Dem Tode steht die Todeserklärung gleich; kehrt der Verschollene jedoch zurück, so lebt das Recht wieder auf. Wird das Gewerbe für die Verlassenschaft weiterbetrieben (§ 56, Abs. 6), so erlischt das Recht erst mit der Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung.

Ausnahmen von den genannten Grundsätzen sind die Fälle, in welchen derivativer Übergang des Rechtes stattfindet. Keinen Untergang des Subjektes bewirkt der Wegfall eines oder mehrerer Gesellschafter, solange wenigstens einer der früheren Inhaber übrig bleibt [2]).

Das Gewerberecht endigt ferner bei Verlust der Rechtsfähigkeit, z. B. Wegfall der Reziprozität beim Ausländer, Unerlaubtwerden oder Statutenänderung der juristischen Person usw.

2. Konzessionen erlöschen mit Eintritt des echten Endtermines oder der echten Resolutivbedingung, durch welche sie bei der Erteilung beschränkt wurden.

Die Resolutivbedingung und der Endtermin können echt oder unecht sein [3]). Im letzteren Falle erlischt das Recht nicht unmittelbar mit ihrem Eintritt, sondern erst durch die darauf folgende Entziehung. Tritt dagegen die echte Resolutivbedingung oder der echte Endtermin ein, so hört das durch die Konzession geschaffene Rechtsverhältnis von selbst zu existieren auf. Eine Entziehung ist nicht erforderlich, der Betrieb vielmehr als unbefugt sofort einzustellen.

Ob echte Bedingung, bzw. Befristung gewollt ist, oder unechte, ist nach dem Wortlaut und dem Sinn der Konzession zu beurteilen. Im Zweifel dürfte die erstere als die natürlichere anzunehmen sein [4]). Die Praxis neigt jedoch der gegenteiligen Auffassung zu [5]).

3. Die Zurücklegung des Gewerberechtes erfolgt nach § 144, Abs. 5 und 6, durch Anzeige an die Gewerbebehörde

---

[2]) V. G. H. v. 12. Juni 1903, Z. 6642, B. 1863 A, u. v. 16. Nov. 1904, Z. 10781, B. 3055 A.

[3]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 296 ff.; vgl. auch Theorie des franz. Verw.-R. 173.

[4]) A. M. Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 298.

[5]) So V. G. H. v. 29. Nov. 1893, Z. 3994, B. 7551.

erster Instanz. Eine Form für diese Anzeige ist nicht vorgeschrieben, daher genügt es, wenn die Identität des Rechtes aus den in der Anzeige enthaltenen Angaben hervorgeht. Bezüglich der Zuständigkeit der Behörde gelten folgende Grundsätze: Wurde die Anheimsagung von der höheren oder örtlich unzuständigen Behörde zur Kenntnis genommen, so ist sie gültig. Sie ist in einem solchen Falle an die zuständige Behörde erster Instanz zu leiten. Wirksam wird sie zufolge ausdrücklicher Anordnung des § 144, vorletzter Absatz, erst mit dem Einlangen bei dieser [6]). Die Anzeige an eine sachlich unzuständige Behörde hingegen wäre nichtig.

Von dem Augenblicke des Einlangens der Verzichtserklärung bei der örtlich zuständigen Gewerbebehörde erster Instanz ist ein Widerruf der Zurücklegung nicht mehr zulässig [7]). Zur Wiederausübung des Betriebes wäre die Begründung eines neuen Rechtes nötig. Aus der Zulässigkeit der Zurücklegung schlechtweg folgt mangels einer entgegenstehenden Norm auch die Zulässigkeit der bedingten Zurücklegung. Dies wird auch von der Praxis im allgemeinen anerkannt. So ordnet z. B. der Erlaß des Handelsministeriums vom 17. Juni 1899, Z. 31.844 ex 98 [8]), an, daß die Zurücklegung einer Konzession, welche mit dem Ansuchen um eine andere Konzession verbunden wird, als bedingt durch die aufrechte Erledigung dieses letzteren Gesuches zu betrachten ist [9]). Nur bezüglich der bedingten Zurücklegung einer Konzession zugunsten eines Dritten sind vielfach, namentlich in früherer Zeit, Bedenken laut geworden, indem mar geltend machte, daß ein solcher Verzicht den Grundsatz der Persönlichkeit der Gewerbe umgehe und daher als nichtig zu betrachten sei [10]). In Wahrheit liegt aber eine Um-

[6]) Vgl. auch den Erl. d. Hand.-Min. i. Einv. m. d. Min. d. Inn. v. 15. März 1907, Z. 5942, Vdgs. Bl. d. Min. d. Inn. 1907, Nr. 8, S. 272.

[7]) Erl. d. n. ö. Statth. v. 10. März 1903, Z. 14827, Norm. Slg. 5625.

[8]) Norm. Slg. 1552.

[9]) Vgl. auch den Erl. d. Hand.-Min. v. 14. Okt. 1876, Z. 31212, Norm. Slg. 1324, und den in Anm. 6 zit. Erl.

[10]) Min. d. Inn. v. 12. Mai 1888, Z. 6256, Zeitschr. f. Verw. XXI, Nr. 38; V. G. H. v. 3. Apr. 1900, Z. 2374, B. 14013; Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 10, u. a.; ähnlich Pražák, Zeitschr. f. Verw. XXXIV, Nr. 16. Vgl. auch den Erl. d. n. ö. Statth. v. 28. März 1886, Z. 7051, Norm. Slg. 1328, wonach auf derartige

gehung der Gewerbeordnung gar nicht vor. Denn Zweck des Konzessionszwanges ist ja nur, zu verhüten, daß ein Gewerbe betrieben wird, dessen Betrieb dem öffentlichen Interesse entgegenläuft. Nun bleibt aber das freie Ermessen der Behörde im Falle der bedingten Zurücklegung völlig unberührt, sie kann die Konzession demjenigen erteilen, zu dessen Gunsten der Verzicht erfolgte, sie muß es aber nicht[11]); außerdem muß der Konzessionserwerber alle Bedingungen des originären Erwerbes des Gewerberechtes erfüllen[12]). Damit sind die Absichten des Gesetzgebers erfüllt. Den Konzessionsinhaber zu einem unbedingten Verzicht zu nötigen, wenn er eine derartige Übertragung wünscht[13]), ist vollkommen zwecklos, weil dem geltenden Rechte nicht entsprechend. Vielmehr ist die gegenwärtig[14]) herrschende[15]) Praxis, wonach die bedingungsweise Zurücklegung zugunsten eines Dritten zulässig ist, anzuerkennen.

Die Zurücklegung ist nicht gestattet, während gegen den Gewerbsinhaber das Strafverfahren wegen eines Vergehens oder einer Übertretung anhängig ist, welche mit dem Verlust des Gewerbes bestraft werden (§ 243 St. G.). Diese Norm muß analog auch auf das Verfahren wegen gefälls- und gewerberechtlicher Delikte angewendet werden. Denn der Grund ist hier der gleiche: es soll die Umgehung der Ausschließung nach § 6 G. O. verhindert werden[16]).

4. Die Entziehung des Gewerberechtes ist Verlust desselben durch einen Ausspruch der Behörde, welcher nach einem unter Mitwirkung der Partei durchgeführten Verfahren[17]) gefällt wird.

---

bedingte Zurücklegungen keine Rücksicht zu nehmen ist, und den Erl. d. n. ö. Statth. v. 5. Mai 1886, Z. 22150, Norm. Slg. 1330. Beide sind durch den unten in Anm. 14 zitierten Erlaß außer Kraft gesetzt worden.

[11]) Hand.-Min. v. 11. Mai 1906, Z. 8462, Zeitschr. f. Verw. XXXIX, Nr. 26; vgl. auch den Erl. d. n. ö. Statth. v. 10. März 1903, Z. 14827, Norm. Slg. 5625.

[12]) Erl. d. n. ö. Statth. v. 14. Okt. 1876, Z. 31212, Norm. Slg. 1324.

[13]) wie es Pražák a. a. O. will.

[14]) Insbesondere seit dem n. ö. Statth. Erl. v. 10. März 1903, Z. 14827, Norm. Slg. 5625.

[15]) Vgl. Fuhrmann im Öst. Verwaltungsarchiv IV, 440, und Herbatschek in den Jurist. Blättern, XXXV, 304, 305.

[16]) Brosche, Ztschr. f. Verw. XXVII, Nr. 10.

[17]) Vgl. oben das im I. Abschnitte Ausgeführte.

Er enthält eine Entscheidung und eine daran geknüpfte Verfügung. Er ist daher der materiellen Rechtskraft fähig. Ist also z. B. in der Person des Inhabers nach dem Rechtserwerbe ein Umstand eingetreten, welcher die Verläßlichkeit in Frage stellt, so kann, wenn im Entziehungsverfahren seine Verläßlichkeit neuerlich festgestellt wurde, wegen dieses Umstandes keine Entziehung mehr erfolgen, Fälle der Nichtigkeit oder Wiederaufnahme des Verfahrens ausgenommen.

Das Entziehungserkenntnis enthält zugleich die Untersagung des Betriebes. Sie wird mit Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckbar. Wird ihr nicht Folge geleistet, so kommen die Zwangsmittel des § 152 zur Anwendung. Eine unmittelbare Einstellung des Betriebes ohne vorhergehende Untersagung ist zwar nach dem Erlaß des Ministeriums des Innern vom 9. August 1902, Z. 32.918[18]), gegenüber unbefugten Betrieben zulässig, gegenüber befugten Betrieben jedoch wäre sie dies nicht. Der Charakter des subjektiven Rechtes fordert es, daß die Einstellung des Betriebes nur statthaft ist, wenn sie durch ein Erkenntnis auf Grund eines Parteiverfahrens ausgesprochen wurde.

Die Fälle der Entziehung des Gewerberechtes sind im Gesetze taxativ enthalten[19]), wenn auch nicht zusammenhängend aufgezählt. Es sind folgende:

1. Gerichtliche, bzw. gefällsgerichtliche Verurteilung zum Verluste des Gewerberechtes. Die Vollziehung des Urteils ist nach § 139, Abs. 2, der Gewerbebehörde überlassen. Diese hat also nötigenfalls die Entziehung des Rechtes und Untersagung des Betriebes, welche das Urteil ausspricht, nach eingetretener Vollstreckbarkeit unverzüglich[20]) durch die ihr zu Gebote stehenden Zwangsmittel (§ 152) durchzusetzen.

Die Praxis spricht in diesen Fällen zumeist von einer „Entziehung" des Gewerberechtes durch die Gewerbebehörde[21]). Hiezu bietet der Wortlaut des Gesetzes (§ 139) selbst Veranlassung. Aber das Strafurteil selbst enthält ja nicht bloß eine Entscheidung, sondern zugleich die darauf berufende Strafverfügung, es erkennt auf den Verlust des Gewerberechtes (§§ 240 c), 242, 243 St. G. u. a.), ist also ein rechtsvernichtender

[18]) Norm. Slg. 4871.

[19]) Vgl. u. a. Mataja, a. a. O. 120.

[20]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 11. Febr. 1902, Z. 2468, Norm. Slg. 4873.

[21]) So der in der vorhergehenden Anmerkung zitierte Erlaß.

Akt. Daher kann von der Gewerbebehörde nicht noch ein zweiter solcher Akt ausgehen, sondern sie hat den ersten nur zu vollstrecken. Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens kann ein neuerliches Aufleben des Rechtes bezwecken; ein Betrieb in der Zwischenzeit wäre jedoch nach wie vor als unbefugt zu betrachten.

2. Die Gewerbsentziehung ist als Strafe, d. h. nach durchgeführtem Administrativstrafverfahren und unter Ausschluß der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes (§ 48 des Ges. vom 22. Oktober 1875, R. G. B. Nr. 36)[21a]) in folgenden Fällen zu verhängen:

a) wenn der Gewerbsinhaber ungeachtet vorausgegangener wiederholter Bestrafungen einer Übertretung der auf die Ausübung seines Gewerbes bezüglichen Vorschriften schuldig befunden wird (§ 133 b), P. a). Zweifellos müssen die vorausgegangenen Bestrafungen — mindestens zwei an der Zahl — auch wegen Übertretung dieser Vorschriften stattgefunden haben. Ob es gerichtliche oder administrative Strafen sind, macht keinen Unterschied[22]).

Was alles unter den auf die Ausübung des Gewerbes bezüglichen Vorschriften zu verstehen sei, ist nicht gesagt. Doch ist wohl nicht daran zu zweifeln, daß der Gesetzgeber nicht bloß an die Vorschriften der Gewerbeordnung und der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen, sondern an alle Normen überhaupt gedacht hat, welche entweder die gewerbliche Tätigkeit als solche regeln, z. B. § 482 St. G., oder das Gesetz vom 19. Juli 1877, R. G. B. Nr. 67, oder welche doch Handlungen betreffen, die, wenn sie „gewerbsmäßig" ausgeübt wurden (Art. IV K. M. P.), zur gewerblichen Tätigkeit werden, z. B. § 16 des Lebensmittelgesetzes. Also jede Norm, welche die „Hervorbringung, Bearbeitung oder Umgestaltung von Verkehrsgegenständen, den Betrieb von Handelsgeschäften, oder die Verrichtung von Dienstleistungen und Arbeiten" (Art. IV K. M. P.), wenn auch die nicht gewerbsmäßige, regelt, ist eine Vorschrift im Sinne des § 133 b), al. a). Wo ein derartiger Rechtssatz erst einer Verfügung bedarf, um wirksam zu werden, muß

[21a]) V. G. H. v. 10. Mai 1886, Z. 1169, Exel, Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe 2458; v. 20. Sept. 1886, Z. 1988, Exel 2459; v. 19. Sept. 1887, Z. 2153, Exel 2460; v. 1. Mai 1889, Z. 1616, B. 4659.

[22]) Mataja, a. a. O.

auch eine solche Verfügung als „Vorschrift" im besprochenen Sinne gelten. So unterliegen z. B. die im § 54, Abs. 2, genannten Gewerbe der gewerbepolizeilichen Regelung. Es fällt somit in den „Wirkungskreis" der Behörde, nach § 7, Abs. 1 der Verordnung vom 20. April 1854, R. G. B. Nr. 96, innerhalb der bereits im dritten Abschnitte erörterten Grenzen zu gewerbepolizeilichen Zwecken Verbot zu erlassen und deren Übertretung zu bestrafen. Wer wenigstens zweimal in dieser Weise bestraft wurde, kann wegen einer neuerlichen Übertretung mit Gewerbsentziehung nach § 133 b), al. a), bestraft werden.

Nach dem vorgehenden ist die wichtige Frage zu beantworten, wann, abgesehen von den einzelnen, noch aufzuzählenden Fällen der Entziehung, welche besonders geregelt sind, und eventuellen speziellen Vorschriften für einzelne Gewerbe im allgemeinen wegen schädlichen oder gefährlichen Verhaltens des Inhabers eine Entziehung des Rechtes zum Gewerbebetrieb stattfinden darf. Eine solche ist nur auf Grund wiederholter Bestrafungen nach § 133 b), al. a), möglich. Praktische Bedeutung hat dies allerdings hauptsächlich für die nichtkonzessionierten Gewerbe. Bei den konzessionierten hilft sich die Praxis häufig mit der Entziehung wegen Verlustes der Verläßlichkeit;

b) die strafweise Entziehung hat Gewerbetreibende zu treffen, welche nachgewiesenermaßen ein einem anderen Gewerbetreibenden strafweise entzogenes Gewerbe antreten, um der Fortführung dieses Gewerbes durch den Straffälligen Vorschub zu leisten, wenn sie die gleiche Übertretung begehen, um derentwillen das Recht ihrem Vorgänger entzogen wurde (§ 133 b), P. b). Die Identität der beiden Gewerbe ist im Sinne dieser Gesetzesstelle nach der Betriebsart und dem Standorte der Ausübung zu beurteilen;

c) die strafweise Gewerbsentziehung hat Platz zu greifen, wenn jemand in der Absicht, die Gewerbebehörde über den Mangel des Befähigungsnachweises zu täuschen, ein handwerksmäßiges Gewerbe als fabriksmäßig betriebenes anmeldet und es in der Folge im Umfange eines Handwerkes ausübt (§133 b), al. c). Wesentlich sind hier drei Tatbestandsmomente:

α) Anmeldung eines derartigen Gewerbes als eines fabriksmäßigen;

β) die Absicht, das Gewerbe nur im Umfange eines handwerksmäßigen auszuüben und die Gewerbebehörde hierüber zu täuschen;

γ) tatsächliche Ausübung des Betriebes im Umfange eines handwerksmäßigen.

Fehlt nur eines dieser Momente, so ist der Entziehungsgrund des § 133 b), al. c), nicht gegeben. Die Absicht, das Gewerbe im Umfange eines handwerksmäßigen auszuüben und die Behörde darüber zu täuschen, muß im Zeitpunkte der Anmeldung vorhanden sein (§133 b), al. c). Wird jedoch zu dieser Zeit der Betrieb noch nicht eröffnet, so genügt es wohl, wenn sie erst nach der Anmeldung, jedoch vor der Betriebseröffnung, gefaßt wird;

d) gegen Baugewerbetreibende, welche ihre Berechtigung zur Deckung des unbefugten Gewerbebetriebes Dritter mißbrauchen, findet die Entziehung schon bei einmaliger Wiederholung des Deliktes Anwendung (§ 16, Abs. 1, des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, R. G. B. Nr. 193).

Die Behörde kann in den genannten Fällen an Stelle der Entziehung auch das Ruhen des Gewerberechtes, die „Entziehung auf bestimmte Zeit", aussprechen. Es unterliegt ihrer Würdigung des Tatbestandes, welcher Grad der Strafe dem Delikte im Sinne des Gesetzes angemessen ist. Freies Ermessen, Rücksichtnahme auf anderweitige öffentliche Interessen, ist ausgeschlossen.

3. In allen anderen als den bisher genannten Fällen erfolgt die Gewerbsentziehung nicht als Strafe, sondern als Administrativmaßregel, also nach den allgemeinen Grundsätzen des Administrativverfahrens und mit der Möglichkeit der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Diese Fälle sind:

a) wenn der Gewerbsinhaber wegen einer der im § 5 erwähnten Handlungen verurteilt worden ist und unter den gegebenen Umständen von dem Fortbetriebe des Gewerbes Mißbrauch zu besorgen wäre (§ 139, Abs. 3 a). Ob die von § 6 der Strafgesetznovelle von 1867 normierte Dauer der Straffolgen bereits abgelaufen ist oder nicht, ist gleichgültig. Denn die Entziehung ist nicht Folge der Verurteilung, also Straffolge, sondern Folge der Gefahr des Mißbrauches, also selbstständiger Verwaltungsakt[23]). Sie hat die Verurteilung zwar zur Voraussetzung, aber nicht zur unmittelbaren Ursache. Daher ist es auch gleichgültig, wann die Verurteilung stattgefunden hat, wenn nur die Gefahr des Mißbrauches nach erfolgtem

[23]) Vgl. oben S. 54 ff.

Rechtserwerb eingetreten ist. Allerdings muß sich aber die Besorgnis des Mißbrauches auf Tatumstände stützen, welche dem Erwerb des Gewerberechtes nachgefolgt sind;

b) wenn der Inhaber eines konzessionierten Gewerbes sich nach wiederholter — also wenigstens zweimaliger — schriftlicher Warnung Handlungen zuschulden kommen läßt, durch welche die Verläßlichkeit beeinträchtigt erscheint (§ 139, Abs. 3b). Wann die Verläßlichkeit beeinträchtigt erscheint, hat die Behörde nach Würdigung des Tatbestandes zu entscheiden. Daß die Handlungen strafbar seien, ist nicht erforderlich; ebensowenig, daß dieselbe Handlung wiederholt worden ist[24]).

Auch in diesen beiden, sub a) und b) genannten Fällen kann statt der gänzlichen Entziehung die zeitweilige verhängt werden. Entscheidend ist auch hiefür die Tatbestandswürdigung seitens der Behörde, der Grad, in welchem Mißbrauch zu besorgen ist, bzw. die Verläßlichkeit beeinträchtigt erscheint, nicht aber freies Ermessen;

c) nach § 57, Abs. 2 und 3, ist die Entziehung der dort genannten Gewerbe — das Gesetz spricht ohne eine systematisch begründete Veranlassung von Zurücknahme — zulässig, wenn dieselben binnen sechs, bzw. zwei Monaten nach der Konzessionserteilung nicht in Betrieb gesetzt werden, oder der Betrieb später durch ebenso lange Zeit unterbrochen wird[25]). Dem Nichtbetrieb steht ein unbefugter Betrieb gleich[26]). Aus welchen Gründen die Ausübung des Rechtes unterblieb, ist gleichgültig[27]). Die Entziehung liegt im freien Ermessen der Behörde. Sind also alle gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden, so muß die Behörde nicht entziehen, sondern hat nach ihrer Ansicht über die Zweckmäßigkeit eines solchen Vorganges zu handeln[28]). Ist also die Erfüllung der Voraussetzungen des § 57, Abs. 2, bzw. 3, festgestellt, so ist der Betrieb nur mehr ein prekärer. Leider fehlt die Normierung einer Frist, innerhalb deren die Entziehung vorzunehmen wäre;

d) einen eigentümlichen Entziehungsgrund sieht § 3,

---

[24]) V. G. H. v. 3. Juni 1902, Z. 5024, B. 1100 A.

[25]) S. über diesen Fall Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 11, und Weiß, ebenda, XXX, Nr. 43.

[26]) V. G. H. v. 18. Okt. 1893, Z. 3448, B. 7457.

[27]) V. G. H. v. 29. Dez. 1894, Z. 5091, B. 8282.

[28]) Vgl. u. a. auch V. G. H. v. 29. Nov. 1893, Z. 3995, B. 7552.

Abs. 3, für Gesellschaften vor, welche zur Protokollierung der Firma verpflichtet sind. Wenn nämlich die Protokollierung zur Zeit der Ausfertigung des Gewerbescheines, bzw. der Erteilung der Konzession noch nicht erfolgt ist, so ist der Gesellschaft eine angemessene Frist zur nachträglichen Beibringung des Nachweises der erfolgten Protokollierung vorzuschreiben, nach deren fruchtlosem Verlaufe der Gewerbeschein, bzw. das Konzessionsdekret „als ungültig einzuziehen ist". Auf den ersten Blick wäre man vielleicht versucht, hierin einen Fall der Nichtigerklärung wegen mangelnden fähigen Rechtssubjektes zu sehen und diese Gesetzesstelle als Beweis dafür anzuführen, daß andere Gesellschaften als die Handelsgesellschaften nicht gewerberechtsfähig sind. Allein von Nichtigkeit kann hier keine Rede sein, denn niemand wird behaupten wollen, daß der Betrieb während jener „angemessenen Frist" ein unbefugter war; hier ist vielmehr eine gesetzliche Pflicht zu einer Resolutivbedingung umgestaltet, und der Ausdruck „ungültig" beruht ebenso wie die Einreihung der Fälle des § 57, Abs. 2 und 3, unter die Zurücknahme auf der Anschauung, daß ein bedingter Erwerb des Rechtes ein mangelhafter sei;

e) Konzessionen können auch auf Widerruf (z. B. § 21 a), vorletzter Absatz), unter einer Auflage oder unter einer unechten Bedingung oder Befristung, d. h. einer solchen, welche das Gewerberecht nicht ipso iure beendet, sondern nur die Behörde zur Entziehung berechtigt, erteilt werden[29]). In diesen Fällen ist die Entziehung zulässig, wenn die bei der Konzessionserteilung festgesetzten Voraussetzungen eintreffen. Ist der Widerruf lediglich dem freien Ermessen überlassen, so entsteht überhaupt kein Recht, sondern nur eine prekaristische Befugnis zur Ausübung. Eine solche besteht auch, wenn die unechte Resolutivbedingurg oder der Endtermin bereits eingetreten sind, die Behörde aber von dem Rechte der Entziehung noch keinen Gebrauch gemacht hat. Denn wie es im freien Ermessen der Behörde liegt, derartige Beschränkungen bei der Konzessionserteilung zu setzen, so liegt es auch in ihrem Ermessen, davon Gebrauch zu machen oder nicht.

Hiemit sind die Fälle der Entziehung des Gewerberechtes — von etwaigen Spezialbestimmungen für einzelne Gewerbsarten abgesehen, welche z. B. auch nach § 24, Abs. 2, im Verordnungs-

[29]) Z. B. in V. G. H. v. 29. Nov. 1893, Z. 3994, B. 7551.

wege erlassen werden können — erschöpfend aufgezählt. Keinen Entziehungsgrund normiert § 14 e), Abs. 2, bzw. § 13 a), Abs. 5, oder § 23 a), Abs. 4. Wenn die Handelsgesellschaft binnen der ihr gesetzten Frist keinen durch den Befähigungsnachweis qualifizierten geschäftsführenden oder vertretungsbefugten Gesellschafter namhaft macht, so ist ihr die weitere Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Dann tritt Ruhen des Rechtes ein, das Recht selbst wird aber nicht vernichtet. Wird später ein geeigneter Gesellschafter namhaft gemacht, so darf der Betrieb wieder aufgenommen werden.

B. Bei Realgewerben.

Von den unter A. aufgezählten Erlöschungsgründen kommt für Realgewerbe nur einer in Betracht: der Verzicht. Im Zweifel wird in einem derartigen Akte bloß ein Verzicht zugunsten eines privatrechtlichen Nachfolgers, also derivativer Übergang, und nicht Erlöschen des Rechtes zu sehen sein. Doch unterliegt es keinem Zweifel, daß auch das Realgewerberecht durch Willenshandlung des Berechtigten untergehen kann.

An die Stelle der gänzlichen Entziehung des Rechtes tritt eine Entziehung der Ausübung auf Lebenszeit des gegenwärtigen Inhabers, so daß das Recht solange ruht, bis es unter Lebenden oder von Todes wegen auf ein anderes Rechtssubjekt übergeht. (§§ 133 b), Abs. 2, und 139, Abs. 4).

In einzelnen Fällen tritt auf Grund älterer Vorschriften Erlöschen des Rechtes durch Nichtausübung ein[30]).

VI. Die verbindliche Kraft der rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Akte.

1. Die materielle Rechtskraft.

A. Die Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft.

Die Ausfolgung eines Gewerbescheines, die Erteilung einer Konzession und die Zurücknahme und Entziehung beider sind rechtsbegründende, bzw. rechtsvernichtende Verfügungen[1]). Sie

[30]) Vgl. Hofer, Das Realgewerbe, 22, Nr. 3, u. a.

[1]) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 11, 12.

werden als solche nicht materiell rechtskräftig[2]). Allein die Behörde muß sich vor Erlassung dieser Verfügungen darüber klar werden, ob die Voraussetzungen hiefür gegeben sind[3]). Es ist zu beurteilen: a) ob die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, z. B. Eigenberechtigung, bzw. ob jene Erfahrungssätze[4]) anwendbar sind, deren Anwendung dem Geiste des Gesetzes entspricht, z. B. ob die unregelmäßige Beschäftigung eines Lehrburschen noch als Lehrzeit in Betracht kommt; b) in jenen Fällen, in welchen ihr freies Ermessen eingeräumt ist, überdies, ob die Verfügung zweckmäßig ist, ob z. B. eine Konzession erteilt, ein Gewerberecht zurückgenommen werden soll.

I. Die Beantwortung der ersten Frage ist, soweit die Erfahrungssätze nicht bloß der Beweiswürdigung dienen, eine Subsumtion des Tatbestandes unter das objektive Recht, mithin eine Entscheidung im technischen Sinne[5]), sie „spricht aus, was Rechtens sein soll, indem sie erklärt, was Rechtens ist"[6]). Diesen Charakter hat nur der „deklarative" Teil des behördlichen Ausspruches, die pronuntiatio[7]), nicht aber der dispositive Teil, welcher im richterlichen Urteile die condemnatio oder absolutio, hier die erwähnten rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Verfügungen enthält. Jener deklarative Teil, die Entscheidung, trägt alle Merkmale an sich, welche Bernatzik als Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft dargetan hat. Die Entscheidung ergeht, wie schon in anderem Zusammenhange ausgeführt wurde, in einem abstrakt geregelten Verfahren[8]), welches dem Beteiligten die Rechte der Vernehmlassung einräumt[9]), sie geht von einer Behörde mit obrigkeitlicher Gewalt aus[10]), welche vom Gesetze zur Fällung dieser Entscheidung ermächtigt und beauftragt wurde[11]), und sie enthält einen imperativen, nach außen wirkenden Ausspruch

[2]) Bernatzik, a. a. O. 133.
[3]) Vgl. auch Otto Mayer, Theorie des französischen Verw.-R., 169.
[4]) Vgl. oben S. 6 ff.
[5]) Bernatzik, a. a. O. 8.
[6]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 100.
[7]) Unger, System des öst. allg. Privatrechts II, 640. Vgl. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1 ff., und Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, 45 ff.
[8]) Bernatzik, a. a. O. 64.
[9]) a. a. O. 65.
[10]) a. a. O. 67.
[11]) a. a. O. 68.

darüber, was im konkreten Falle Recht sein soll[12]). Sie ist ein Akt der Rechtsprechung[13]) und daher mangels entgegenstehender Normen[14]) der materiellen Rechtskraft fähig[15]). Da nun bei der Ausfolgung des Gewerbescheines, Erteilung der Konzession usw., Entscheidung und Verfügung, „Rechtsanwendung und Handlung in einem staatlichen Akt äußerlich verbunden erscheinen“[16]), so knüpft sich die Rechtskraft an diesen Verwaltungsakt als Ganzes[17]).

Allerdings sind nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen Gegenstand der Entscheidung, wie im folgenden ausgeführt werden soll. Es wäre aber sicherlich zu weit gegangen, daraus zu schließen, daß in einem solchen Verwaltungsakt über gar keine gesetzliche Voraussetzung entschieden wird, daß vielmehr nur eine bloße, der Rechtskraft nicht fähige Verfügung ergeht[18]). Solche bloße Verfügungen sind z. B. Befehle, welche aus sicherheitspolizeilichen Gründen an den Gewerbetreibenden erlassen werden[19]), nicht aber die in Rede stehenden rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Akte. Diese ergehen vielmehr auf Grund einer Entscheidung im technischen Sinne und sind der materiellen Rechtskraft fähig.

Die herrschende Meinung legt allerdings nicht allen Entscheidungen der besprochenen Art die Wirkung der materiellen Rechtskraft bei, sondern nur jenen, denen ein ganz bestimmtes, formell qualifiziertes Verfahren vorausgegangen ist. Wann ein solches Verfahren im einzelnen vorliege, darüber gehen die Ansichten auseinander. Am engsten von allen, welche die Rechtskraft im Verwaltungsrecht überhaupt anerkennen, stecken die

---

[12]) a. a. O. 71.

[13]) a. a. O. 64.

[14]) Vgl. auch Tezner im Archiv f. öffentl. R. IX, 359, Anm. 22.

[15]) Bernatzik, a. a. O. 130, und Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages II. 38 ff.; Lemayer in Grünhuts Ztschr. XXII, 480.

[16]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 179.

[17]) Bernatzik, Rechtsprechung, 144.

[18]) wie die Ausführungen Bernatziks, a. a. O. 139, 140, besonders sein Beispiel von der Eisenbahnkonzession, vermuten lassen könnten. Auch seiner Anmerkung 29, a. a. O. 284, liegt die Ansicht zugrunde, daß die Gewerbekonzession eine Verfügung sei, die nicht auf Grund einer Entscheidung ergehe und welche daher von der Behörde jederzeit als materiell rechtswidrig für nichtig erklärt werden könne. Vgl. dagegen a. a. O. 144, Anm. 32.

[19]) Bernatzik, a. a. O. 141.

Grenzen jene Autoren, welche dieselbe auf verwaltungsgerichtliche Urteile beschränken wollen[20]), so namentlich Otto Mayer. Dieser fordert, daß die Entscheidung auf Grund eines Verfahrens gefällt worden sei, in welchem dem Beteiligten ein bestimmender Einfluß auf die Erzeugung und die Kraft des behördlichen Aktes eingeräumt ist, in welchem ihm „ausdrücklich gerade die besondere Art von bestimmender Mitwirkung zugewiesen ist, welche der Zivil- und Strafprozeß durch den Namen Partei bezeichnet“ [21]). Nach seiner Darstellung beschränkt sich jedoch die Rechtskraft nicht bloß auf Akte einer „instanzmäßig organisierten und durch unabhängige Organe geübten Rechtsprechung“ [22]); auch die „gewöhnlichen Verwaltungsbehörden“ können Verwaltungsrechtspflege handhaben[23]), so sei zum Beispiel der französische Minister „Verwaltungsgericht“ [24]). Ebensowenig bedürfe die Verwaltungsrechtspflege eines „umständlich geordneten Verfahrens“; es müsse nur „überhaupt ein Verfahren“ dem Urteile vorausgehen, es sei begriffswesentlich, „daß vor dem Urteil die davon Betroffenen sich darüber aussprechen und darauf einwirken können“ [25]). Diesen Erfordernissen genüge ohne Zweifel eine Entscheidung, die sich selbst als solche bezeichne[26]), mit Entscheidungsgründen versehen und auf Grund einer Parteiverhandlung ergangen sei[27]).

Nun wird es wohl mangels einer positivrechtlichen Formvorschrift der Wirkung einer derartigen Entscheidung keinen Abbruch tun, wenn sie sich etwa „Konzession“ oder „Entziehung“ nennt[28]). Man darf nicht vergessen, daß die Ausfertigung der Entscheidung und die konstitutive Verfügung hier in einen Akt

[20]) Die Aufzählung der wichtigsten hieher gehörigen Schriftsteller s. bei Bernatzik in den Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages II, 33.

[21]) Archiv f. öffentl. R. I, 722. Ebenso Schultzenstein in den Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages I, 89 ff.

[22]) Deutsches Verw.-R. I, 171, Anm. 19.

[23]) a. a. O. 171, 172, Anm. 22.

[24]) a. a. O. 171, Anm. 19; Theorie des franz. Verw.-R., 131.

[25]) Deutsches Verwaltungsr. I, 172.

[26]) Weitergehend verlangt Sarwey, Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 82, daß die Rechtsprechung von der übrigen behördlichen Tätigkeit getrennt in Erscheinung trete.

[27]) Archiv XXI, 15.

[28]) V. G. H. v. 19. Apr. 1905, Z. 4378, B. 3491 A, hat ausdrücklich ausgesprochen, daß jeder Akt als Entscheidung zu betrachten

zusammenfallen, und praktisch liegt das Schwergewicht allerdings zunächst auf der Verfügung. Daß die Entscheidungen samt deren Gründen den Parteien bekannt zu geben sind, schreibt § 146 G. O. ausdrücklich vor. Trotzdem wird die Behörde einen Gewerbeschein oder eine Konzessionsurkunde nicht mit Gründen versehen. Dies aber nur deshalb, weil die Partei doch nicht gegen die ihr günstige Entscheidung rekurrieren wird. Es liegt eben ein Fall der Rechtspflege mit einer Partei vor, wie es deren zweifellos solche gibt [29]), oder genauer ausgedrückt, mit zwei am Verfahren beteiligten Interessenten, deren einer durch den Entscheidenden selbst vertreten wird, ein Fall der Rechtsprechung nicht über Einzelinteressen, sondern über das Verhältnis eines Sonderinteresses zum öffentlichen Interesse. Der Staat wird hier in zwei grundsätzlich verschiedenen Richtungen tätig, er ist aber doch „einheitlich und ungebrochen nur die Obrigkeit" [30]). Es wäre widersinnig, wenn die Behörde gegen ihr eigenes Erkenntnis rekurrieren würde. Daher braucht sie es nicht zu begründen, wenn es der Partei in allen Punkten günstig ist.

Daß aber den genannten konstitutiven Verfügungen eine Entscheidung zugrunde liegt, zeigt sich sofort, wenn eine Gegenpartei am Verfahren teilnimmt, z. B. nach § 18, Abs. 6 und 7. Nach diesen Gesetzesstellen steht der Gemeinde und der Genossenschaft unter gewissen Voraussetzungen der Rekurs gegen die Konzessionserteilung offen. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß, sobald eine dieser Körperschaften nach § 18, Abs. 4, Einwendungen erhoben hat, über die Konzessionserteilung eine mit Gründen versehene Entscheidung zu ergehen hat. Ergäbe sich dies nicht aus der Natur der Sache, so müßte es daraus gefolgert werden, daß § 18 in § 146 ausdrücklich zitiert ist. Daß über die Anmeldung und das Konzessionsgesuch eine Entscheidung im Sinne von § 146 ergeht, zeigt sich insbesondere auch bei der gänzlichen, wie bei der teilweisen Abweisung. Niemand wird leugnen, daß der Partei gegen die Untersagung des angemeldeten Betriebes nach § 13, Abs. 2, und gegen die Verweigerung der Konzession ein Rekurs zustehe und daß ihr die Entscheidungsgründe bekannt zu geben sind. Normierte dies

ist, welcher inhaltlich eine solche darstellt und die Parteien unmittelbar bindet, gleichgültig, ob er als Entscheidung bezeichnet ist.

[29]) Otto Mayer, Archiv f. öffti. R. XXI, 38, 39.

[30]) Otto Mayer, a. a. O. Anm. 56 zu S. 39, Abs. 2.

doch § 146, Abs. 1, in seiner ursprünglichen Gestalt ausdrücklich, und die Novelle von 1907 hat diese Bestimmung verallgemeinert, gewiß aber nicht aufgehoben. Sollte nun die Abweisung auf Grund einer Entscheidung erfolgen, die Zulassung nicht?

Was endlich das Erfordernis der Parteiverhandlung anbelangt, so ist auch dieses dort überflüssig, wo nur eine Partei der Behörde gegenübersteht und die Entscheidung für die Partei günstig lautet, also bei der großen Menge der Erteilungen eines Gewerbescheines oder einer Konzession[31]). Wenn aber die Erteilung verweigert, oder auch nur teilweise verweigert werden soll, z. B. bezüglich nur eines der angemeldeten mehreren Betriebszweige; wenn eine der im § 18, Abs. 4, genannten Korporationer usw. Einwendungen erhoben hat; wenn ein Gewerberecht zurückgenommen, entzogen oder für nichtig erklärt werden soll: in diesen Fällen ist eine Einvernahme der Partei zweifellos erforderlich[32]). Das Gesetz hat dies nur nicht ausdrücklich normiert, weil es selbstverständlich erschien. Oder sollte jemand im Ernste behaupten, daß zwar die Gemeinde unter Umständen einzuvernehmen ist, wenn eine Konzession erteilt werden soll, die Partei selbst aber nicht, wenn die Verweigerung oder Entziehung verfügt wird? Man darf nicht übersehen, daß es ebensowenig Aufgabe der Gewerbeordnung ist, das Administrativverfahren zu regeln, als es die Aufgabe des bürgerlichen Gesetzbuches ist, den Zivilprozeß zu normieren.

Es war daher wohl nicht gerechtfertigt, wenn Otto Mayer[33]) behauptet hat, Österreich hätte außerhalb der Verwaltungsgerichte keine Rechtspflege und keine Rechtskraft. Er selbst ist in dieser Meinung wankend geworden[34]). Tatsächlich würde jene Meinung zu kaum erträglichen Konsequenzen führen. Der Gewerbetreibende wäre keinen Tag davor sicher, daß die Behörde — zumal die Oberbehörde nach § 146, Abs. 4 — plötzlich fände, bei der Entstehung seines Rechtes sei ein „gesetzlicher Mangel" unterlaufen, und das erteilte Gewerberecht für ungültig erklärte. Was nützte die Aufzählung der Entziehungsgründe, wenn der

---

[31]) Vgl. auch § 3, Abs. 1 des Teznerschen Entwurfes einer Verordnung über das Verwaltungsverfahren, Allg. öst. Gerichtszeitung LIII, 53.

[32]) Vgl. auch Tezner, a. a. O. 52.

[33]) Archiv, I, 723.

[34]) Archiv, XXI, 7, Anm. 12.

Gewerbetreibende gegen die nachträgliche Sinnesänderung der Behörde nicht geschützt wäre? Auch der Verwaltungsgerichtshof würde ihn nicht immer schützen, denn er kann ja die zweite Ansicht der Behörde zu der seinen machen, wenn die erste nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Wie soll sich nun der Gewerbetreibende auf das ihm erteilte Recht verlassen, Kapitalien investieren, Rechtsgeschäfte aller Art abschließen können? All dies wird ihm nur dann ermöglicht, wenn die Behörde an ihre einmal niedergelegte Rechtsanschauung gebunden bleibt. Die Behörde ist eben Richter und Partei zugleich, und dieser Doppelstellung gegenüber kann die Gegenpartei nicht anders geschützt werden, als durch Bindung der Behörde an deren eigene Entscheidungen. Nur wenn die Behörde weiß, daß alles, was sie jetzt feststellt, später auch gegen sie wirkt, wird sie bei ihren Entscheidungen vorsichtig sein. Wo der Gesetzgeber will, daß sie öffentliche Interessen zur Geltung bringt, somit als Partei auftritt, hat er ihr freies Ermessen eingeräumt. Dann hat sie nach außen dieselbe Stellung wie der einzelne, der über seine Privatrechte nach Willkür verfügt.

Die Anschauung, daß eine Verwaltungsrechtsprechung nur vor den Verwaltungsgerichten stattfinden könne, beruht auf dem Satze, daß niemand Richter in eigener Sache sein könne. Ein anderes Argument kann diese Ansicht wohl kaum für sich geltend machen. Nun gibt es aber im Verwaltungsrechte zahlreiche Beispiele eines Verfahrens, an welchem nebst der Behörde zwei oder mehrere „Parteien" teilnehmen und welches eine Entscheidung bezweckt, bei der freies Ermessen auch in dem weiteren Sinne der herrschenden Meinung ausgeschlossen ist. Unter solchen Voraussetzungen ist es klar, daß Rechtsprechung vorliegt. Man sucht sich nun zu helfen, indem man eine Rechtsprechung in „Parteisachen" anerkennt [35]). Die theoretischen Grundlagen dieser Ansicht hat Aucoc [36]) gegeben. Aber wohin sie führt, zeigen die Konsequenzen, zu denen er folgerichtig gelangt. Er behauptet nämlich, eine Sache, die in erster Instanz nicht Gegenstand der Rechtsprechung war, werde es dadurch, daß die Oberbehörde sie über Verwaltungsbeschwerde der Partei entscheide. Voraus-

[35]) So die Praxis des Verwaltungsgerichtshofes und die Mehrzahl der Schriftsteller. Auch Otto Mayer, Archiv XXI, 7, Anm. 12, neigt dieser Ansicht zu.

[36]) Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3. Aufl., I, 606 ff.

gesetzt, daß freies Ermessen ausgeschlossen ist, befindet sich die Oberbehörde hier in der für uns relevanten Beziehung in derselben Lage, wie die Unterbehörde beim Vorhandensein von zwei Parteien. Öffentliche Interessen, also Parteiinteressen, kann die höhere Instanz bei Entscheidung eines Rekurses nicht geltend machen, wenn die Unterinstanz sie nicht berücksichtigen durfte. Beide sind an die Normen gebunden, durch welche der Gesetzgeber selbst das öffentliche Interesse geschützt hat. Sie können diese Normen nur interpretieren; aber das tut der Richter auch.

Man käme also zu der Konsequenz, daß die zweite Instanz Recht spricht, die erste nicht. Dies steht jedoch mit dem Grundsatz der Einheit der vollziehenden Gewalt nicht im Einklang[37]). Um der Schlußfolgerung, die Aucoc gezogen hat, zu entgehen, müßte man annehmen, daß der Staat im Verwaltungsrecht niemals Partei sei[38]), daß daher auch die zweite Instanz im Verwaltungsverfahren nicht den Streit zweier Parteien entscheide. Aber wenn dies so ist, warum kann sie dann nicht Richter sein, warum bedarf es eines besonderen Verwaltungsgerichtes zur Rechtsprechung?

Das Richtige ist vielmehr, daß es in Österreich auch außerhalb der Verwaltungsgerichte eine Rechtsprechung gibt[39]), aber nicht bloß dann, wenn zwei streitende Parteien einander gegenüberstehen.

Der Begriff der „Parteisache" ist nicht geeignet, als Kriterium für die Rechtsprechung zu dienen, wie schon Bernatzik[40]) dargetan hat. In der Tat wäre es nicht recht einzusehen, warum etwa in jenen Fällen, in welchen die Gemeinde, die Genossenschaft usw. zu hören ist, die Entscheidung materiell rechtskräftig werden sollte, in den anderen nicht. Rechtsprechung

---

[37]) Ducrocq, cours de droit administratif, 7. Aufl., II, 192; Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, 134, 135; auch Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 339; Bernatzik, a. a. O. 45, Tezner, Handbuch des öst. Administrativverfahrens, u. a.

[38]) Wie es Otto Mayer, Archiv, XXI, 40, Anm., allerdings in anderem Zusammenhange, tut.

[39]) Vgl. außer Bernatzik Ulbrich, Lehrbuch des öst. Verwaltungsrechtes 299, 300; E. Meier in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., II, 741; Menzel, Die Arbeiterversicherung nach öst. Rechte 177 u. a. Vgl. auch Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege 72 ff., Schultzenstein im Verwaltungsarchiv XV, 142, 143 u. a.

[40]) Rechtsprechung 119 ff.

liegt immer vor, wenn die oben besprochenen Voraussetzungen gegeben sind, nur in den Fällen des freien Ermessens nicht, wie unter II ausgeführt werden wird.

Allein auch innerhalb dieses Gebietes ist der Rechtsprechung und damit der Rechtskraft eine Grenze zu ziehen. Die Behörde hat nicht über alle Voraussetzungen der in Rede stehenden rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Akte Recht zu sprechen, sondern nur über gewisse Voraussetzungen.

Die Entscheidung ist Subsumtion eines Tatbestandes unter Rechtsnormen und Erfahrungssätze. Damit die Entscheidung rechtskräftig werde, muß die Anwendbarkeit der Normen und Erfahrungssätze auf den Tatbestand in einem Verfahren geprüft werden, welches gewisse Garantien für die Richtigkeit dieser Prüfung gibt. Wo der Gesetzgeber durch eine besondere Zuständigkeitsnormierung oder ein besonderes Verfahren gewisse Entscheidungen unter spezielle Garantien gestellt hat, dort kann ohne diese Garantien die rechtskräftige Feststellung nicht erfolgen. So bindet z. B. § 1, Abs. 6, die Entscheidung der Frage, ob ein Betrieb ein fabriksmäßiger sei, an ein besonderes Verfahren vor der politischen Landesbehörde. Wenn also auch die Gewerbebehörde erster Instanz sich vor der Erteilung des Gewerbescheines darüber klar werden mußte, ob der Betrieb fabriksmäßig sei, rechtskräftig feststellen kann sie dies nicht.

Zu den Garantien des Verfahrens gehört es aber auch, daß das entscheidende Organ die Absicht hat, die Angelegenheit mit definitiven Rechtswirkungen zu regeln[41]) und hiezu auch ermächtigt und beauftragt ist[42]). Dies ist offenbar nicht der Fall: 1. bezüglich aller jener Fragen, welche nicht dem Gebiete des Gewerberechtes, sondern anderen Rechtsgebieten angehören, zum Beispiel Staatsangehörigkeit, Eigenberechtigung, juristische Persönlichkeit, selbst wenn die zu deren Entscheidung zuständige Behörde zufällig mit der entscheidenden Gewerbebehörde identisch wäre; 2. bezüglich jener Fragen, welche bereits rechtskräftig entschieden worden sind[42a]); 3. bezüglich jener „präjudiziellen Rechtsverhältnisse“[43]), mit welchen der Gesetzgeber „wie mit realen Dingen

[41]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts VI, 359, 360; Bernatzik, a. a. O. 71.

[42]) Bernatzik, a. a. O. 68.

[42a]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 6. März 1903, Z. 8875.

[43]) Bernatzik, a. a. O. 176, 160. Vgl. hiezu Unger, System des

und Größen operiert", deren autoritative Beurteilung im konkreten Fall er also der Behörde nicht aufträgt. Wann dies die Absicht des Gesetzgebers sei, ist Frage der Interpretation der bezüglichen Normen. Nicht rechtskräftig entschieden wird z. B., ob der Bewerber um eine Konzession eine andere Konzession, deren Kumulation mit der ersten verboten wäre, besitzt oder nicht.

Über alle anderen gesetzlichen Voraussetzungen wird rechtskräftig entschieden. So z. B. über die Gefahr des Mißbrauches, die Erbringung des Befähigungsnachweises[44]), Unbescholtenheit[45]), Lokalbedarf[46]), über die Frage, ob eine „auf die Ausübung des Gewerbes bezügliche Vorschrift" (§ 133 b), Abs. 1 a) übertreten wurde usw. Und zwar gilt folgendes:

Vor Erteilung eines Gewerbescheines oder einer Konzession sind sämtliche gesetzlichen Bedingungen zu prüfen, deren Prüfung nach dem Vorgehenden der Behörde obliegt. Die Wirkung der Rechtskraft erstreckt sich somit auf alle. Dagegen bei der Abweisung, Zurücknahme oder Entziehung wegen eines Mangels erstreckt sich die Wirkung der Rechtskraft nur auf diese eine Voraussetzung[47]). Dies auch dann, wenn die Behörde sich bereits über das Vorhandensein der anderen gesetzlichen Bedingungen klar geworden wäre. Denn damit hätte sich bloß ein rechtlich irrelevanter logischer oder psychologischer Vorgang vollzogen, der imperative Ausspruch, was Recht sein soll, bezieht sich gleichwohl nur auf jene Voraussetzung, deren Mangel den Grund der Abweisung usw. bildet. Die Verweigerung eines Gewerbescheines oder einer Konzession wegen Mangels des Befähigungsnachweises macht also nicht Rechtskraft über die Gefahr des Mißbrauches, die Verläßlichkeit usw. Hier zeigt sich die Bedeutung der Entscheidungsgründe. Durch Aufnahme in dieselben kann ein bloßes Motiv zum imperativen, nach außen wirkenden Ausspruch darüber werden, was Recht sein soll, und

---

österr. allgem. Privatrechts I, § 132; Pollak, System des öst. Zivilprozeßrechtes 13, 493.

[44]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 6. März 1903, Z. 8875.

[45]) Bernatzik, a. a. O. 144, Anm. 32.

[46]) V. G. H. v. 9. Mai 1899, Z. 3283, B. 12805.

[47]) Richtig daher m. E. V. G. H. v. 1. Mai 1897, Z. 2492, B. 10674: Abweisung wegen Mangels des Befähigungsnachweises macht nicht Rechtskraft über den Lokalbedarf. Vorausgesetzt ist, daß nicht in den Entscheidungsgründen der Lokalbedarf ausdrücklich als vorhanden anerkannt wurde. Sonst würde dies rechtskräftig.

bildet dann, soferne die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, den Inhalt einer rechtskraftfähigen Feststellung.

Wenn man für den Zivilprozeß vielfach behauptet, nur die im Urteilsspruch enthaltene Entscheidung sei der Rechtskraft fähig[48]), so stützt sich dies auf die Vorschriften des Zivilprozeßrechtes, welche eine strenge Scheidung zwischen Urteilstenor und Entscheidungsgründen normieren[49]). Eine solche Bestimmung kann die Annahme rechtfertigen, daß der Gesetzgeber den Richter zwingen wollte, den Ausspruch dessen, was Recht sein soll, von den bloßen Motiven zu trennen[50]). Die Parteien haben hier durch ihre Anträge bestimmenden Einfluß auf den Umfang des Tenors und das Gesetz gibt ihnen Mittel, sich dagegen zu wehren, falls sein Umfang gegenüber den entsprechend qualifizierten Anträgen zu groß oder zu klein bemessen wurde.

Anders liegt die Sache, wenn derartige Normen fehlen[51]). So im österreichischen Verwaltungsverfahren. Auch hier ist die Trennung des Entscheidungstenors von den Gründen von Bedeutung[52]), aber Aufnahme in den ersteren ist nicht Bedingung der Rechtskraft. Denn eine Verpflichtung, alles und nur das, was rechtskräftig entschieden werden soll, in einen von den Entscheidungsgründen streng gesonderten Tenor zu vereinigen, ist nicht normiert. Die zufällige Formulierung der Entscheidung durch die Behörde kann daher für den Umfang der Rechtskraft nicht maßgebend sein. „Il n'est pas admissible que la même résolution ait ou n'ait pas l'autorité de la chose jugée, selon qu'elle est dans le dispositif ou dans les motifs du jugement, et il faut, par conséquent, reconnaître que certains motifs sont les éléments de la sentence, qu'ils s'y réfèrent, qu'ils se confondent avec lui, qu'ils en sont la base essentielle, qu'ils sont confirmés ou sanctionnés par lui, qu'il ne peut se soutenir

---

[48]) So R. Pollak, System des öst. Zivilprozeßrechtes 492.

[49]) R. Pollak, a. a. O. 476.

[50]) A. M. u. a. Wach, Vorträge zur Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl., 124, 144. Vgl. die bei Seuffert, Zivilprozeßordnung, zu § 239 sub 3 angeführte Literatur.

[51]) Vgl. statt vieler Savigny, System des heutigen röm. Rechtes VI, § 291; Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechtes, § 162; Unger, System d. öst. allgemein. Privatrechts II, § 132. Dagegen Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation usw. VIII, Chose jugée Nr. 22 u. a.

[52]) Vgl. Bernatzik, a. a. O. 156, Anm. 3.

sans eux.... — ou, mieux encore, que certaines parties du jugement, qui se trouvent à la place ordinairement réservée aux motifs, constituent la décision même du juge et participent, en conséquence, à l'autorité de la chose jugée[53]). Nicht alles was unter den Entscheidungsgründen angeführt wird, nimmt an der Rechtskraft teil. Die „subjektiven Entscheidungsgründe“[54]), d. h. die behördlichen „Erwägungen, welche die Entscheidung veranlaßt haben“[55]) sind hievon ausgeschlossen. Aber die „Elemente“ der Entscheidung[56]), der Tenor, soweit er in den Gründen erkennbar ist[57]), also die von der Behörde imperativ ausgesprochenen, wenn auch bloß mittelbaren[58]) objektiven Gründe werden von der Rechtskraft erfaßt[59]), [59a]).

Daß alle Erwägungen der Behörde, welche in der Entscheidung und deren Gründen nicht zum Ausdruck kommen, der Rechtskraft nicht fähig sind, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.

II. Bisher war nur von jener Tätigkeit der Behörde die Rede, bei welcher diese an Rechtssätze gebunden ist. In den Fällen des freien Ermessens knüpft sich aber an die Erwägung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des freien Ermessens vorliegen, die weitere, ob ein bestimmtes Verhalten auch zweckmäßig sei. Diese Tätigkeit ist nicht Subsumtion unter Rechtsregeln, sondern solche unter Regeln der Verwaltungslehre; ihre Resultate sind daher der materiellen Rechtskraft nicht fähig. Denn das Wesen der Rechtskraft besteht ja darin, daß die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf einen Tatbestand dauernd und unanfechtbar festgestellt werde. Ob aber ein behördliches Verhalten im öffentlichen Interesse liegt, kann gar nicht

---

[53]) Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, III, § 465, Anm. 15. Vgl. auch Savigny, a. a. O. § 292.

[54]) Savigny, a. a. O. VI, 361.

[55]) Renaud, a. a. O. 475.

[56]) Savigny, a. a. O. VI, 338.

[57]) Tezner, Handbuch des öst. Administrativverfahrens 357.

[58]) A. M. Unger, a. a. O. II, 647.

[59]) Vgl. auch Pantano im Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana I (1902), 498.

[59a]) Für die Rechtskraft der Entscheidungsgründe im öst. Verwaltungsverfahren Bernatzik, a. a. O. 155; Tezner, a. a. O. 356; Ulbrich, Lehrbuch d. öst. Verw.-R. 301.

dauernd und unanfechtbar festgestellt werden, weil das öffentliche Interesse sich jederzeit ändern kann [60]).

Wenn, wie dies oft geschieht, der Satz verfochten wird, Entscheidungen des freien Ermessens seien der Rechtskraft fähig, so ist hiebei jener weite Begriff des „freien Ermessens" zugrunde gelegt, welcher auch die freie Würdigung des Tatbestandes umfaßt. So insbesondere bei Bernatzik [61]). Dann erscheint die Beurteilung tatsächlicher Voraussetzungen als ein Teil des freien Ermessens [62]), und nicht, wie oben behauptet wurde, als Gegensatz zum freien Ermessen. Hiemit wird aber die Grenze zwischen jenem Teil der Entscheidung, welcher der Rechtskraft fähig ist, und jenem, bei welchem dies nicht der Fall ist, verwischt, und man gelangt zu dem Schlusse, daß der g a n z e Inhalt der Entscheidung, auch die Erwägung von Zweckmäßigkeitsgründen, der Rechtskraft teilhaftig werde. Die Konsequenzen dieses Satzes wären unerträglich. Um ihnen zu entgehen, nimmt Bernatzik die Geltung des Rechtssatzes an: „Du sollst so handeln, wie du glaubst, daß es im öffentlichen Interesse liegt" und behauptet, daß dieser die Behörde nach außen, Dritten gegenüber binde. Otto Mayer, welcher diesen Satz bekämpft [63]), ersetzt ihn durch den anderen: „Du sollst so handeln, wie ein ordentlicher Verwaltungsbeamter" [64]). Hiemit ist wenigstens der Grundsatz gewahrt, daß nur Subsumtion unter R e c h t s normen rechtskräftig werden kann.

Nun bleibt aber noch immer die Schwierigkeit, daß das öffentliche Interesse einem steten Wechsel unterworfen sein kann und daher einer dauernden Bindung nicht fähig ist.

Demgegenüber sucht Schultzenstein [65]) Abhilfe, indem er annimmt, die Verschiedenheit der Zeit sei allein schon ein novum, so daß nicht mehr eadem res vorliege. Diese Auffassung hat auch schon das preußische Oberverwaltungsgericht in der vielbesprochenen Entscheidung vom 25. Juni 1879, Bd. V, Nr. 46, niedergelegt. Nach § 33 R. G. O. ist der Betrieb einer Gastwirtschaft an eine Erlaubnis gebunden, welche nur unter

[60]) Vgl. u. a. auch Sarwey, Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege 76, 79, 733; doch operiert er mit dem üblichen weiteren Begriff des freien Ermessens.

[61]) a. a. O. 36 ff.

[62]) Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 192.

[63]) a. a. O. I, 166, Anm. 10.

[64]) a. a. O. I, 193.

[65]) Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages I, 119, 120.

den in diesem Paragraphen taxativ aufgezählten Voraussetzungen versagt werden darf. Das Oberverwaltungsgericht erklärte nun, daß ein abschlägig erledigtes Ansuchen um Verleihung einer Gastwirtschaftserlaubnis jederzeit ohne Vorbringen neuer Tatsachen wiederholt werden könne. Denn durch die Versagung nach § 33 „wird nur festgestellt, daß zur Zeit des Ausspruchs Gründe vorlagen, welche der Erteilung der Erlaubnis entgegenstanden. Ein neuer Antrag erheischt eine neue selbständige Prüfung der zur Entscheidung über die Konzessionserteilung berufene Behörde des Inhalts, ob auch jetzt noch dieselben oder andere Gründe der Gewährung entgegenstehen."

Daß durch eine solche Auffassung die Rechtskraft überhaupt illusorisch würde, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden[66]). Gerade die von Schultzenstein angeführten Beispiele, Besorgnis des Mißbrauches, Unzuverlässigkeit, zeigen, daß auch die Subsumtion des Tatbestandes unter Rechtsnormen durch Zeitablauf die Rechtskraftwirkung einbüßen würde. Das preußische Oberverwaltungsgericht hat in der zitierten Entscheidung diese Konsequenzen ausdrücklich gezogen, indem es aussprach: „Verwaltungsstreitsachen der vorliegenden Art schließen zufolge ihrer rechtlichen Natur den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache von selbst und überhaupt aus." Weniger weit geht Otto Mayer[67]), wenn er ausführt, das Angeordnete könne trotz der etwa eingetretenen Rechtskraft geändert werden, wenn die tatsächlichen Umstände, welche für die Erwägung des öffentlichen Interesses maßgebend waren, sich ändern. Ist ein Wechsel des Kabinetts oder der bloße Wechsel in der Person eines Bezirkshauptmannes auch ein derartiger Umstand? Ist es auch ein solcher, wenn der Minister aus politischen Rücksichten heute gewerbefreundliche, morgen gewerbefeindliche Instruktionen ergehen läßt? Wenn dies aber nicht der Fall ist, wenn die Behörde an ihre einmalige Ansicht über das öffentliche Interesse bis zum Eintreten neuer äußerer Tatumstände gebunden bleibt, wer könnte dies prüfen, da ja das Verwaltungsgericht nach Otto Mayer die Zweckmäßigkeit nicht nachzuprüfen hat, wenn feststeht, daß ein ordentlicher Verwaltungsbeamter „möglicherweise zu einer derartigen Verfügung veranlaßt werden konnte?"[68])

[66]) Vgl. Otto Mayer im Archiv f. öffl. Recht XXI, 55.
[67]) Deutsches Verw.-R. I, 209, 210.
[68]) a. a. O. I, 193.

Es dürfte dem objektiven Rechte wie den Erscheinungen des Rechtslebens besser entsprechen, wenn man mit Bernatzik[69]) annimmt, daß das öffentliche Interesse wirklich ein anderes wird, wenn die Ansicht der Behörde darüber sich ändert. Dann darf man aber dieser behördlichen Ansicht nicht die Fähigkeit der Rechtskraft zuerkennen[70]). Denn Rechtskraft bedeutet Gebundenheit, und die Behörde ist eben nicht gebunden, wenn und soweit sie ihre Ansicht ändern darf[71]).

Entscheidungen nach freiem Ermessen werden also nur bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen rechtskräftig, wenn und soweit hiefür die sonstigen Erfordernisse für die Rechtskraft erfüllt sind. Die Erteilung einer Konzession stellt daher das Vorhandensein aller gesetzlichen Voraussetzungen rechtskräftig fest[72]), die Verweigerung aus Gründen des öffentlichen Interesses analog zu dem früher Ausgeführten gar keine. Die Praxis vermeidet es allerdings, sich bei Begründung ihrer Maßregel schlechtweg auf ihr freies Ermessen, auf das „öffentliche Interesse", zu berufen, was zweifellos zulässig wäre. Sie zieht eine unrichtige Begründung unter Berufung auf das Gesetz vor. So wird z. B. die Konzessionsverweigerung aus Gründen, welche die Behörde nicht einbekennen will, meist mit dem Mangel des Lokalbedarfes motiviert. Mißtrauen des Publikums ist die Folge. Überdies wird die Entscheidung über die angeblich festgestellten Mängel rechtskräftig, was gar nicht beabsichtigt war, und vielleicht späterhin gegen das öffentliche Interesse gerichtet sein könnte[73]). Die Vorliebe zu solchen Umwegen bei Motivierung der behördlichen Akte ist einer der Hauptgründe, warum man sich in der Praxis zum Teile mit der Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Entscheidungen nicht befreunden will. Erst eine klare Erkenntnis des Gegensatzes von freiem Ermessen und freier Würdigung des Tatbestandes wird dem Prinzip der Rechtskraft zum vollen Siege verhelfen.

---

[69]) a. a. O. 18.

[70]) Wie es Bernatzik, Rechtsprechung 46 und Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages II, 40, sowie die daselbst genannten Schriftsteller tun. Eine Mittelmeinung s. bei Lemayer in Grünhuts Zeitschr. XXII, 482 ff.

[71]) Vgl. auch Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege 76, 77.

[72]) So z. B. V. G. H. v. 12. Juni 1888, Z. 2312, B. 4222.

[73]) Wenn z. B. im obigen Beispiel ein Lokalbedarf wirklich besteht und sich kein anderer Bewerber findet.

B. Die Wirkungen der Rechtskraft.

Durch die Entscheidung werden jene Rechtsverhältnisse, welche nach dem vorgehenden Gegenstand der autoritativen Feststellung sind, „unbestreitbar, dauernd, bindend und maßgebend“ [74]). Der Rechtssatz, dessen Anwendbarkeit auf einen konkreten Tatbestand eine rechtskräftige Entscheidung ausgesprochen hat, ist, abgesehen von den noch zu besprechenden Fällen der Wiederaufnahme und der Nichtigkeit, fortan auf diesen Tatbestand anzuwenden. Dies gilt solange, als der letztere identisch bleibt. Änderungen in den Tatsachen, zum Beispiel in den Umständen, aus welchen auf die Verläßlichkeit, den Lokalbedarf usw. geschlossen wurde, heben die Gebundenheit auf. Ob ein solcher Wechsel stattgefunden hat, ist Frage der Würdigung des Tatbestandes. Ebenso besteht die Gebundenheit nur solange, als sich die Rechtsnormen und die dem Willen der Rechtsordnung gemäß angewendeten Erfahrungssätze nicht ändern.

Die Entscheidung ist Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses, nämlich der „Anwendbarkeit einer abstrakten Rechtsnorm auf einen konkreten Tatbestand“ [75]). Es fragt sich nun, unter welchen Voraussetzungen dieses Rechtsverhältnis dasselbe bleibt und unter welchen es sich ändert.

Der Verwaltungsgerichtshof [76]) steht auf dem Standpunkte, daß die Wirkung der Rechtskraft sich nur auf einen konkreten *Fall*, nur auf einen bestimmten *Anlaß* des behördlichen Einschreitens erstrecke [77]). Danach wäre nach erfolgter Untersagung des Betriebes gemäß § 13 eine neuerliche Anmeldung, nach erfolgter Verweigerung einer Konzession wegen eines *gesetzlichen* Mangels ein neuerliches Ansuchen um eine solche statthaft. Denn die Rechtskraft der früheren Entscheidung beträfe nur die *erste* Anmeldung, bzw. das *erste* Konzessionsgesuch. Es ist klar, daß ein *solches* Institut der Rechtskraft illusorisch wäre [78]).

---

[74]) R. Pollak, a. a. O. II, 488, 489; Menzel im öst. Staatswörterbuch v. Mischler u. Ulbrich, 1. Aufl. II, 1483.

[75]) Bernatzik, Rechtsprechung 168.

[76]) E. v. 10. April 1907, Z. 3305, Amtsbl. f. die Handels- u. Gewerbev. II, 100. Vgl. Bernatzik, a. a. O. 169, Anm. 1.

[77]) Auch sonst wird diese Auffassung vielfach vertreten. Vgl. statt vieler Fuisting im Verwaltungsarchiv, IV 312, 313.

[78]) Bernatzik, a. a. O. 168. 170,

Nicht die Identität des tatsächlichen Anlasses ist Bedingung für die Wirkung der Rechtskraft, sondern Identität des Rechtsverhältnisses, und diese liegt vor, solange die Individualisierungsmomente dieselben sind[79]). Es ist hierüber auf das oben im III. Abschnitte Gesagte zu verweisen. Daher macht z. B. die Abweisung eines Konzessionsgesuches bezüglich eines bestimmten Standortes, bzw. bezüglich einer bestimmten Gemeinde nicht Rechtskraft bezüglich eines anderen Standortes, bzw. einer anderen Gemeinde. Und zwar auch dann nicht, wenn die Abweisung wegen eines persönlichen Mangels erfolgt wäre, der mit dem Betriebsort in gar keinem Zusammenhange steht, z. B. wegen Bescholtenheit. Ebensowenig hindert die rechtskräftige Abweisung eines Konzessionsgesuches wegen mangelnden Lokalbedarfes die Erteilung der Konzession an einen anderen Bewerber usw.

Die Wirkung der Rechtskraft besteht nun darin, daß der in der rechtskräftigen Entscheidung auf den Tatbestand angewendete Rechtssatz fortan auf ihn Anwendung zu finden hat. Behörden wie Parteien müssen künftig so handeln, daß der in der Entscheidung liegende Schluß die Prämisse ihrer Handlungen bildet[80]). Die Amtsgewalt der Behörde zur Entscheidung der Sache ist gleichsam aufgezehrt[81]). Weder die entscheidende Instanz selbst[82]) noch auch etwa die Oberbehörde auf Grund des § 146, Abs. 4[83]), darf den Tatbestand anders entscheiden. Die Praxis erkennt den letzteren Satz häufig nicht an und steht auf dem Standpunkte, daß Kassation und Reformation einer unterbehördlichen Entscheidung nach § 146, Abs. 4, d. h. von Amts wegen durch die Oberbehörde, immer zulässig seien, wenn nach Ansicht der Oberbehörde ein gesetzlicher Mangel vorliegt, auch wenn jene Entscheidung formelle Rechtskraft bereits beschritten hat. Danach wären Entscheidungen nur für die Behörde, welche sie erlassen hat, bindend, nicht aber für die Oberbehörde. Diese Konsequenz widerspricht aber dem Grundsatz der Einheit der vollziehenden Gewalt. Die Behörden sind ein einheitliches Ganze, ihre Akte

[79]) Bernatzik, a. a. O. 170.

[80]) Bernatzik, a. a. O. 130.

[81]) Otto Mayer im Archiv f. öfftl. R. XXI, 32.

[82]) V. G. H. v. 5. Juli 1899, Z. 5547, B. 13056; vgl. auch V. G. H. v. 2. Mai 1905, Z. 4878, B. 3507 A.

[83]) V. G. H. v. 9. Febr. 1899, Z. 933, B. 12486.

haben dieselben materiellen Rechtswirkungen, ob das Verfahren in erster oder in letzter Instanz seinen Abschluß fand [84]). Es darf nicht eingewendet werden, daß die Bindung der Oberbehörde an Entscheidungen der Unterbehörde mit dem Prinzipe der Ministerverantwortlichkeit im Widerspruch stehe. Denn rechtskräftig wird nur die Subsumtion unter Rechtsnormen, nicht auch die Erwägung der Zweckmäßigkeit. Was aber Wille der Rechtsordnung ist, hat der Minister nicht zu verantworten. Soweit hingegen Fehler bei der Subsumtion unterlaufen sind, erleidet die Rechtskraft Einschränkungen (Wiederaufnahme, Nichtigkeit), welche nicht bloß die Oberbehörde, sondern auch die Unterbehörde, wahrzunehmen hat.

Die Aufzehrung der Amtsgewalt der Behörde hat zur Folge, daß bei künftigen Entscheidungen alles bereits rechtskräftig festgestellte nicht neuerdings zu entscheiden, sondern als Präjudizialpunkt zu behandeln ist. Auch die übrigen Amtshandlungen der Behörde sind an den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung gebunden: Verfügungen, Beurkundungen und Verwaltungsverordnungen [85]). Nur die Rechtsverordnungen sind, sofern dies gesetzlich zulässig ist, von dieser Bindung befreit, da sie, möglicherweise, wie die Gesetze selbst, zurückwirken können.

2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens.

A. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme.

Wenn im vorgehenden von einer bindenden Wirkung der Entscheidung gesprochen wurde, so war hiebei immer vorausgesetzt, daß die letztere auf Kenntnis des Tatbestandes und der präjudiziellen Rechtsverhältnisse beruhte. Es ist nun möglich, daß der Tatbestand, welchen die Behörde ihrer Entscheidung zugrunde legt, mit dem objektiv vorhandenen nicht übereinstimmt, oder daß ein Irrtum über präjudizielle Rechtsverhältnisse unterläuft. Sind derartige Abweichungen unwesentlich, so haben sie auf die Wirkung der Entscheidung keinen Einfluß. Ist aber die Abweichung so bedeutend, daß deren Kenntnis wahrscheinlich [86]) eine andere Entscheidung herbeigeführt hätte, so kann man von einer wesent-

[84]) Vgl. oben Anm. 37.

[85]) Bernatzik, a. a. O. 130. Doch spricht er daselbst ganz allgemein von Verordnungen.

[86]) Löffler in Grünhuts Zeitschr. XXXI, 512, Anm. 53.

lichen Divergenz zwischen dem objektiv vorhandenen und dem von der Behörde angenommenen Tatbestand (im weiteren Sinne, d. h. einschließlich der präjudiziellen Rechtsverhältnisse) sprechen. Ob die Divergenz eine wesentliche ist, beurteilt nach freier Würdigung der Verhältnisse jene Behörde, welche die Wiederaufnahme verfügt oder über das Wiederaufnahmsbegehren entscheidet.

Ein Erkenntnis, welches mit einem derartigen wesentlichen Mangel behaftet ist, deckt den Tatbestand nicht, den es decken soll. Dasjenige, worüber entschieden wurde, liegt tatsächlich nicht vor; über das tatsächlich Gegebene ist nicht entschieden, daher auch nicht rechtskräftig entschieden. Ein neues Verfahren ist zulässig, soweit nicht anderweitige Normen entgegenstehen.

Die Wiederaufnahme und das Begehren um Wiederaufnahme gründen sich auf die Behauptung, daß über ein wesentliches[87]) Tatbestandsmoment nicht entschieden sei. Es muß sich also um eine zur Zeit der Entscheidung vorhandene[88]), der Behörde aber nicht bekannte Tatsache oder um ein ebensolches präjudizielles Rechtsverhältnis handeln, deren Divergenz von dem der Entscheidung zugrunde liegenden Tatbestand erst nachträglich bekannt geworden ist.

Zu diesen Erfordernissen kommt noch ein Weiteres. Die Rechtskraft hat den Zweck, ein Rechtsverhältnis endgültig sicherzustellen[89]). Diese Sicherung, die Unabänderlichkeit der festgestellten Rechtsbeziehungen, enthält aber eine Unbilligkeit in jenen Fällen, in welchen durch eine Inkorrektheit oder einen Irrtum die Entscheidung anders ausgefallen ist, als sie hätte ausfallen sollen. Um solche Fehler präventiv zu vermeiden, ist ein Verfahren nötig, welches die unerläßliche Voraussetzung der Rechtskraft ist. Dieses Verfahren muß der Behörde[90]) wie der Partei die Möglichkeit gewähren, die öffentlichen, bzw. ihre privaten Interessen zur Geltung zu bringen. Hat eine oder die andere dies unterlassen, obwohl sie es tun konnte, so dürfen die übrigen am Verfahren beteiligten Subjekte darunter nicht leiden, sondern können sich trotzdem auf die Rechtskraft der Entscheidung berufen, Wiederaufnahme ist ihnen gegenüber nicht zulässig.

[87]) Vgl. Tezner, Handbuch des Administrativverfahrens 362.
[88]) Vgl. Tezner, a. a. O. 360.
[89]) Pollak, a. a. O. II, 489.
[90]) Bernatzik, a. a. O. 317 ff.

1. Die Partei, welche die Divergenz des wahren Tatbestandes mit dem von der Behörde angenommenen zwar kannte oder kennen mußte, aber nicht zur Geltung brachte, obwohl ihr im Verfahren Gelegenheit hiezu geboten war, kann auf diese Divergenz später kein Begehren um Wiederaufnahme stützen [91]).

2. Die Behörde darf das Verfahren von Amts wegen nur dann wiederaufnehmen, wenn sie den Mangel der tatsächlichen Voraussetzungen weder kannte, noch nach den Normen des Verfahrens und der Aktenlage kennen mußte [92]). Mußte sie dagegen den Mangel kennen, so läge möglicherweise Nichtigkeit wegen Aktenwidrigkeit oder wesentlicher Mängel des Verfahrens vor, aber kein Grund zur Wiederaufnahme.

Bernatzik [93]) führt aus, die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme von Amts wegen auf Grund neu aufgefundener Behelfe ließe sich zwar rechtfertigen, sie sei aber deswegen nicht erforderlich und daher auch nicht zulässig, weil eine Unkenntnis wesentlicher Umstände oder Beweismittel seitens der Behörde ohne Mangel an prozessualer Diligenz nicht denkbar sei. Daß dies nicht immer zutrifft, zeigt sich z. B. dann, wenn die Behörde im ersten Verfahren durch falsche Urkunden getäuscht wurde.

Die Wiederaufnahme von Amts wegen muß also auch bei formell korrektem Verfahren zulässig sein, wenn das erste Erkenntnis auf unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen beruhte [94]). Dieser Satz erschüttert keineswegs das Prinzip der Rechtskraft, wie vielleicht auf den ersten Blick eingewendet werden könnte. Denn die Wiederaufnahme von Amts wegen darf nicht aus Zweckmäßigkeitsrücksichten eingeleitet werden, sondern sie hat immer dann, und nur dann zu erfolgen, wenn trotz korrekten Verfahrens ein wesentlicher Irrtum in der Beurteilung des zu subsumierenden Tatbestandes unterlaufen ist. Der tiefgehende Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung und jener Tezners [95]) ist der, daß Tezner zwischen

[91]) Vgl. auch Bernatzik, a. a. O. 312, und Mayrhofer, Handbuch f. d. polit. Verwaltungsdienst, 5. Aufl., I, 1182, ferner V. G. H. v. 29. Sept. 1898, Z. 5109, B. 11982.

[92]) Vgl. auch Tezner, a. a. O. 360. 364, mit 361.

[93]) a. a. O. 319.

[94]) Vgl. Menzel, Die Arbeiterversicherung nach öst. Rechte 177 u. im öst. Staatswörterbuch, 1. Aufl., II, 1484.

[95]) Handbuch des öst. Administrativverfahrens 361.

freiem Ermessen und gesetzlicher Gebundenheit nicht unterscheidet[96]). Daher erscheint ihm die Wiederaufnahme wegen nachträglicher Sinnesänderung der Behörde zulässig. Hiedurch wäre allerdings die Rechtskraft illusorisch.

II. Bisher war nur von Entscheidungen im technischen Sinne die Rede. Die Beurteilung nach Zweckmäßigkeitsregeln ist hingegen einer Bindung, einer Rechtskraft überhaupt nicht fähig. Daher ist hier eine Wiederaufnahme des Verfahrens, soferne nicht anderweitige Normen entgegenstehen, immer und ohne besondere Voraussetzungen zulässig. Was die Behörde nach freiem Ermessen veranlaßt hat, kann sie mit einer gleich zu besprechenden Ausnahme nach freiem Ermessen neuerlich prüfen, abändern und aufheben. Ist also z. B. festgestellt, daß die Voraussetzungen zur Zurücknahme oder Entziehung nach einem der Fälle des § 57 gegeben sind, hat sie aber diese Maßregel aus Zweckmäßigkeitsgründen unterlassen, so kann sie immer noch eine neuerliche Prüfung der Zweckmäßigkeit einleiten und jene Maßregel nachträglich verfügen. Doch wäre die Setzung einer Frist denkbar, nach deren Ablauf die Wiederaufnahme aus Zweckmäßigkeitserwägungen nicht mehr statthaft ist. Dann wird mit Ablauf dieser Frist die dem freien Ermessen der Behörde unterliegende Tätigkeit ipso iure entweder zur erlaubten oder zur verbotenen.

III. Die angeführten Grundsätze gelten dann nicht, wenn durch einen Akt des freien Ermessens ein subjektives Recht begründet wurde. Denn das Wesen des subjektiven Rechtes besteht eben darin, daß ein bestimmtes Verhalten von der Behörde gefordert werden kann, daß ihr Eingreifen nach freiem Ermessen also ausgeschlossen ist. Wo immer der Gesetzgeber der vollziehenden Gewalt die Begründung von Rechten nach freiem Ermessen überläßt, hat er sie ermächtigt, im öffentlichen Interesse Akte der Selbstbindung[97]) mit der Wirkung vorzunehmen, daß nur das Gesetz selbst oder die vom Gesetze normierten Erlöschungsgründe des Rechtes diese Bindung aufheben können. Der rechtliche Charakter des subjektiven Rechtes ist derselbe, ob es auf dem Gesetz oder auf einem Akte des freien Ermessens beruht. Nur ist dort die Zweckmäßigkeitserwägung, zufolge welcher die Rechtsordnung die Bindung der vollziehenden

[96]) Vgl. das oben im I. Abschnitte Ausgeführte.

[97]) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 89, mit 78, 79, ferner die S. 84 Anm. 7a genannten Autoren u. a.

Gewalt normiert, vom Gesetzgeber ausgegangen, hier von der Verwaltungsbehörde.

Ein Recht, welches nach freiem Ermessen verliehen wurde, kann demnach nicht nach freiem Ermessen entzogen werden[98]), sonst läge kein Recht, sondern eine prekaristische Befugnis vor. Wiederaufnahme und Zurücknahme ist daher nur wegen Mangels einer gesetzlichen Voraussetzung des freien Ermessens möglich, nicht etwa wegen eines Irrtums in der Beurteilung des öffentlichen Interesses. Unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, ist ein Recht desto widerstandsfähiger, je weniger Voraussetzungen für seine Begründung gesetzlich fixiert sind und je mehr das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde den Ausschlag gibt.

Auch die Praxis läßt die Wiederaufnahme aus Gründen, deren Beurteilung im freien Ermessen liegt, nicht zu, wenn dadurch ein Eingriff in ein subjektives Recht begangen würde. Der weite Begriff des freien Ermessens, der hiebei zugrundegelegt wird, läßt ihr aber häufig die Zurücknahme wegen Mangels gesetzlicher Erfordernisse, Verläßlichkeit, Unbescholtenheit u. a. als unzulässig erscheinen[99]). So auch die Literatur[100]). Wegen bloßer Sinnesänderung der Behörde[101]) über jene gesetzlichen Erfordernisse kann allerdings kein neues Verfahren eingeleitet werden. Aber der Grund hievon ist die Rechtskraft der dem Rechtserwerb zugrunde liegenden Entscheidung. Kommen aber neue Tatsachen auf, welche die Beurteilung der Verläßlichkeit, Unbescholtenheit wesentlich ändern, d. h. welche es wahrscheinlich machen, daß die Behörde den Gewerbeschein oder die Konzession verweigert hätte, wenn ihr jene Tatsachen bekannt gewesen wären, so ist allerdings Wiederaufnahme und Zurücknahme zulässig.

B. Die Wirkungen der Wiederaufnahme; die Zurücknahme.

I. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hat den Zweck, die frühere Entscheidung durch eine neue zu ersetzen, die auf der ersteren beruhenden Verfügungen zurückzunehmen und an

[98]) Vgl. Bernatzik, a. a. O. 287, Anm. 37.

[99]) Vgl. V. G. H. v. 13. Dez. 1878, Z. 1892, B. 381 und viele andere.

[100]) Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 11, Tezner im Archiv f. öfftl. Recht, IX, 360; Heilinger, Öst. Gewerberecht I, 315; Bernatzik, a. a. O. 288, Anm.

[101]) Bernatzik, a. a. O. 287, Anm. 36.

ihrer Stelle andere zu erlassen. Diese Verfügungen haben gegenüber der Vergangenheit nur Wirkung ex nunc; trotz Zurücknahme eines Rechtes war der bisherige Betrieb befugt, trotz Zurücknahme der Nichtigerklärung eines Rechtes war der bisherige Betrieb unbefugt, usw. Aber eine Rückwirkung bezweckt die Wiederaufnahme doch: die zurückgenommenen Verfügungen sollen für die Zukunft so betrachtet werden, als wären sie nie erlassen worden, soweit es sich also nicht um das Erlaubtsein oder Verbotensein der bisherigen gewerblichen Tätigkeit, sondern um anderweitige, künftige Rechtswirkungen handelt, welche die Rechtsordnung an die zurückgenommene Verfügung knüpfen würde. Für die Vergangenheit war und bleibt die zurückgenommene Verfügung maßgebend, sie ist nicht, wie bei der absoluten Nichtigkeit, zu betrachten, als ob sie nie gewirkt hätte. Aber für die Zukunft soll sie keinerlei Bedeutung mehr haben, denn sie war fehlerhaft, im Widerspruch mit dem objektiven Recht, und dieser Fehler soll eben durch das wiederaufgenommene Verfahren gutgemacht werden.

1. Betrifft also die Wiederaufnahme ein Verfahren über die Entziehung, Zurücknahme oder Nichtigerklärung eines Gewerberechtes, so bezweckt sie zwar die Neuzulassung des Gewerbebetriebes ex nunc, jedoch auf Grund eines Gewerbescheines, bzw. einer Konzession, welche mit den ursprünglichen als identisch zu betrachten sind. Das heißt, die gesetzlichen Voraussetzungen des Rechtserwerbes sind nach dem Zeitpunkte des ursprünglichen Rechtserwerbes zu beurteilen, was z. B. von Bedeutung wäre, wenn ein früher freies Gewerbe in der Zwischenzeit an einen Befähigungsnachweis gebunden worden wäre. Trotzdem wirkt die Reszission ex nunc; denn die bis zu diesem Augenblick erfolgte Nichtzulassung wird nicht nachträglich zu einem unerlaubten Eingriff in das Gewerberecht.

2. Schwieriger ist der Fall der Wiederaufnahme eines Verfahrens, betreffend die Verleihung eines Gewerbescheines oder einer Konzession. Auch hier bezweckt das Verfahren die Reszission des Resultates des früheren Verfahrens, sein Ziel ist also die Zurücknahme eines wohl erworbenen Rechtes. Allerdings beruht der rechtsbegründende Akt in den Fällen, in welchen die Wiederaufnahme zulässig ist, auf einer anfechtbaren Entscheidung. Allein es gibt ja auch rechtskonstitutive Akte der Behörde, welche ohne jede vorangehende Entscheidung ergehen. Diesen kann unmöglich mehr Festigkeit innewohnen

als den auf einer gültigen, wenn auch anfechtbaren Entscheidung beruhenden. Sie sind etwa so zu betrachten, als läge ihnen eine Entscheidung über lauter Präjudizialpunkte zugrunde. Niemand wird behaupten, daß dem ohne jede Prüfung erteilten Recht mehr Konsistenz zukomme, als dem auf Grund einer korrekten Prüfung, wenn auch irrtümlich, erteilten. Der Widerstand des subjektiven Rechtes gegen Eingriffe ist also deswegen nicht geringer, weil seine Entstehung auf einer irrtümlichen Entscheidung beruht. Seine Kraft ist vielmehr mangels besonderer Bestimmungen unabhängig vom Entstehungsakte, soferne dieser nur gültig war, und sie besteht eben darin, daß es lediglich in den vom Gesetze bestimmten Fällen vernichtet werden kann. Nur wenn und soweit das Gesetz die Zurücknahme zuläßt, darf sie stattfinden[102]). Daher hat die Gewerbeordnung die Zurücknahme ausdrücklich geregelt, die anderen Fälle der Wiederaufnahme nicht.

Tezner[103]) führt aus, wegen wesentlicher, ursprünglich vorhandener Mängel sei die Wiederaufnahme von Amts wegen immer zulässig, sofern sie nicht im bloßen Privatinteresse auf Kosten der Rechte Dritter geschehe[104]); auf Parteiantrag sei sie nur vermöge besonderer gesetzlicher Anerkennung gestattet. Der letzte Satz führt zu einer durch nichts begründeten Benachteiligung der Partei. Hingegen ist die Wiederaufnahme nach dem eben Ausgeführten immer, auch von Amts wegen, unzulässig, wenn sie eine Antastung subjektiver Rechte bezweckt. Wollte man die Wiederaufnahme im öffentlichen Interesse auch gegen bestehende Rechte zulassen, so gäbe es keine subjektiven Rechte gegen den verwaltenden Staat, sondern nur prekaristische Befugnisse[105]).

Die Gewerbeordnung zählt die Zurücknahme den Entziehungsgründen zu, indem sie im § 57, Abs. 2 und 3, Fälle als Zurücknahme bezeichnet, welche theoretisch jenen der Entziehung zuzurechnen sind[106]). Denn die Entziehung richtet sich gegen Rechte mit einem fehlerfreien Entstehungsgrunde und

[102]) Bernatzik, a. a. O. 320 ff.

[103]) Handbuch des öst. Administrativverfahrens 361.

[104]) a. a. O. 364.

[105]) Vgl. auch Menzel im öst. Staatswörterbuch, 1. Aufl., II, 1484.

[106]) Das deutsche Recht kennt den Unterschied in der Terminologie überhaupt nicht, vgl. §§ 53, 58 R. G. O., wo für beide Arten der Ausdruck Zurücknahme gewählt ist. § 143 spricht in demselben Sinne vom Entziehen.

gründet sich auf Tatsachen, welche nach vollzogenem Rechtserwerb vor sich gegangen sind[107]). Dagegen hat die Zurücknahme umgekehrt einen Mangel des Entstehungsaktes zur Voraussetzung. Die Unterscheidung ist nicht bedeutungslos. Die Zurücknahme beruht auf der Wiederaufnahme des Verfahrens, daher finden auf sie die Grundsätze der letzteren Anwendung. Ist eine gesetzliche Bestimmung zweifelhaft, so ist sie so auszulegen, daß die Zurücknahme überall dort zulässig ist, wo die Wiederaufnahme zulässig wäre, wenn es sich nicht um ein subjektives Recht handelte. Dagegen bei der Entziehung fallen diese Gesichtspunkte weg, hier gilt als Interpretationsregel der Grundsatz der möglichst geringen Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit[108]).

II. Es ist nun das positive Recht über die Zurücknahme darzustellen.

§ 57, Abs. 1, sagt: „Wenn bei einem Gewerbetreibenden der ursprüngliche und noch fortdauernde Mangel eines der gesetzlichen Erfordernisse des selbständigen Gewerbebetriebes nachträglich zum Vorschein kommt, kann der Fortbetrieb ... untersagt und der Gewerbeschein, beziehungsweise die Konzession zurückgenommen werden."

Die Voraussetzungen sind also zunächst dieselben, wie jene der Wiederaufnahme im allgemeinen: 1. ein ursprünglich vorhandener Mangel, d. h. eine Divergenz zwischen dem vom Gesetz geforderten und dem zur Zeit der Entscheidung objektiv vorhandenen Tatbestand; 2. diese Divergenz muß nachträglich zum Vorschein gekommen, d. h. zur Zeit der Entscheidung der Behörde unbekannt gewesen sein; 3. es muß sich um einen gesetzlichen Mangel handeln; aus Gründen des freien Ermessens wäre eine Zurücknahme unzulässig.

An diesen Erfordernissen sind zwei Korrekturen anzubringen, die sich aus den Grundsätzen über die Wiederaufnahme ergeben: 1. es muß sich um einen wesentlichen Mangel handeln; 2. es darf kein solcher Mangel sein, den die

[107]) Vgl. Tezner, a. a. O. 360.

[108]) Für die Zurücknahme ließen sich auch de lege ferenda im gesamten Gebiete des Verwaltungsrechtes im allgemeinen gleiche Grundsätze aufstellen, ähnlich den Sätzen über Anfechtung von Privatrechtsgeschäften wegen wesentlichen Irrtums. Dagegen die Entziehungsgründe der einzelnen Rechte sind ebenso mannigfaltige wie die Endigungsgründe der Privatrechte.

Behörde schon bei der ursprünglichen Entscheidung hätte kennen müssen[109]). Ebenso können die bei der Erteilung zu vernehmenden Berufskörperschaften die Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zweck der Zurücknahme nicht begehren wegen eines Mangels, den sie schon gelegentlich des ersten Verfahrens geltend machen konnten und nicht geltend gemacht haben.

Die genannten Grundsätze modifiziert § 57 in etwas dadurch, daß er zweckmäßigerweise ein ununterbrochenes Fortdauern des Mangels bis zum Zeitpunkte der Zurücknahme, also nicht bloß bis zur Entscheidung über die Wiederaufnahme des Verfahrens, voraussetzt. Überdies stellt er die Zurücknahme in das freie Ermessen der Behörde. Die Behörde kann also das wiederaufgenommene Verfahren auch dahin erledigen, daß alle Voraussetzungen der Zurücknahme zwar vorhanden seien, daß aber aus Zweckmäßigkeitsgründen von dieser Maßregel kein Gebrauch gemacht werde. In diesem Falle ist nach dem früher Ausgeführten eine nachträgliche Zurücknahme immer noch möglich. Da aber die Wiederaufnahme des Verfahrens selbst nur den Zweck hat, zur Zurücknahme zu führen, so ist auch die Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens selbst ins freie Ermessen gestellt. Denn es wäre sinnlos, die Behörde zu einer Prüfung zu verpflichten, deren Ergebnis sie nach freiem Ermessen unbeachtet lassen dürfte. Bedauerlicherweise ist der Behörde keine Frist gesetzt, innerhalb welcher sie die Zurücknahme aussprechen müßte. Der Zustand der Unsicherheit könnte daher nur durch Behebung des Mangels selbst beseitigt werden.

Im übrigen gelten die Grundsätze der Wiederaufnahme. Insbesondere ist Zurücknahme soweit zulässig, als ihr nicht die materielle Rechtskraft entgegensteht. Daraus ergeben sich folgende Sätze:

1. Zurücknahme ist nicht zulässig wegen angeblicher Mängel, deren Nichtvorhandensein bereits auf Grund desselben Tatbestandes rechtskräftig festgestellt ist. Daher darf ein Gewerberecht nicht zurückgenommen werden, wenn die Behörde nachträglich ihre Ansicht darüber ändert, ob im vorliegenden Falle der Befähigungsnachweis erbracht, die Gefahr des Mißbrauches gegeben sei, ob der Bewerber verläßlich, unbescholten sei usw. Nur neu bekanntgewordene Tatsachen oder präjudi-

[109]) was z. B. der Fall wäre, wenn ein Lehr- oder Arbeitszeugnis sich nicht einmal äußerlich als echt und der Wahrheit entsprechend darstellte; vgl. V. G. H. v. 14. Dez. 1898, Z. 6935, B. 12270.

zielle Rechtsverhältnisse, welche von der Rechtskraft der ersten Entscheidung nicht berührt werden, können die Zurücknahme begründen [110]).

2. Zurücknahme ist nicht nur wegen nachträglich bekannt gewordener Tatsachen zulässig, sondern auch dann, wenn es nachträglich hervorkommt, daß ein präjudizielles Rechtsverhältnis unrichtig beurteilt wurde, denn diese Rechtsverhältnisse werden bei der Erteilung des Gewerbescheines, bzw. der Konzession, nicht rechtskräftig entschieden. Hat also z. B. die Behörde den Gewerbeschein erteilt, weil sie Eigenberechtigung oder Staatsbürgerschaft als gegeben voraussetzte, so kann sie ihn, auch ohne daß neue Tatsachen nachträglich zum Vorschein kommen, zurücknehmen, wenn von der kompetenten Behörde festgestellt wird, daß Eigenberechtigung oder Staatsbürgerschaft nicht bestehe. Ein anderes Beispiel: wenn die Gewerbebehörde bei Erteilung des Gewerbescheines annahm, der Betrieb sei ein fabriksmäßiger, so kann sie ihn nachträglich wegen des Mangels des Befähigungsnachweises nicht nur dann zurücknehmen, wenn neue Tatsachen aufkommen, welche den Betrieb als einen nicht fabriksmäßigen erscheinen lassen, sondern auch dann, wenn auf Grund der ursprünglich zugrunde gelegten Tatsachen später nach § 1, Abs. 6, entschieden wird, daß der Betrieb kein fabriksmäßiger, sondern ein handwerksmäßiger sei.

Hiemit ist das geltende Recht über die Voraussetzungen der Zurücknahme dargestellt. Die Praxis, gestützt auf eine wörtliche Auslegung des § 57, Abs. 1, sucht die Zulässigkeit der Zurücknahme noch mehr einzuengen. Die Worte des Gesetzes, daß „bei einem Gewerbetreibenden der... Mangel eines der gesetzlichen Erfordernisse des selbständigen Gewerbebetriebes" zum Vorschein kommen müsse, faßt sie so auf, als ob es sich nur um Voraussetzungen in der Person des Gewerbsinhabers handeln dürfte [111]). Ebenso die Literatur [112]). Als Begründung

[110]) Vgl. V. G. H. v. 9. Febr. 1899, Z. 933, B. 12486, v. 5. Juli 1899, Z. 5547, B. 13056 u. a.

[111]) V. G. H. v. 30. Mai 1891, Z. 1933, B. 5993, v. 28. Mai 1898, Z. 2838, B. 11766 u. Z. 2839, B. 11767, v. 29. Sept. 1898, Z. 5109, B. 11982, v. 23. März 1900, Z. 1987, B. 13946, v. 12. Juni 1903, Z. 6641, B. 1861 A. u. a.

[112]) Bernatzik, a. a. O. 322, Anm. 47; Brosche, Zeitschr. f. Verw. XXVII, Nr. 11; Mataja, Grundriß des Gewerberechtes 58; Heilinger, Öst. Gewerberecht I, 225 u. a.

dient der Hinweis darauf, daß nach der Überschrift des zweiten Hauptstückes in Verbindung mit § 23 „Erfordernisse zum selbständigen Gewerbebetrieb" nur die in den §§ 2—10, 14 und 23, genannten seien. Allein wie unverläßlich und ungenau die Ausdrücke des Gesetzes oft sind, wurde schon wiederholt hervorgehoben. Man sollte ein so vages Argument nicht als hinreichend betrachten, um das wichtige Institut der Zurücknahme bloß danach zu beurteilen. Es ist zu bedenken, daß abgesehen von den wenigen Fällen der Nichtigkeit die Zurücknahme das einzige Sicherheitsventil ist, durch welches die öffentlichen Interessen gegenüber bereits begründeten Gewerberechten geschützt sind. Wer die Zurücknahme in so weitgehendem Maße ausschließt, wird die Annahme schwer zurückweisen können, die Gewerbebefugnis sei kein subjektives Recht, sondern beruhe auf einer Polizeierlaubnis, welche aus öffentlichen Interessen zurückgenommen werden könne. Beides entspräche dem geltenden Rechte nicht.

In der Tat gibt es wichtige Mängel, welche nicht in persönlichen Eigenschaften des Inhabers bestehen. Der wichtigste wäre der Mangel des Lokalbedarfs; dieser kommt jedoch nach der herrschenden Praxis aus einem anderen Grunde nicht in Betracht; seine Beurteilung wird nämlich als eine Entscheidung des freien Ermessens betrachtet. Ein anderes Beispiel ist die Verletzung eines bestehenden Propinationsrechtes durch eine Konzessionsverleihung. In solchen Fällen wird gewöhnlich die Nichtigerklärung der Konzession verlangt[113]). Doch Nichtigkeit muß nicht immer vorliegen. Z. B.: Das Verfahren war korrekt, die Entscheidung aktenmäßig und materiellrechtlich richtig, die Behörde wurde jedoch von der Partei durch gefälschte Beweismittel irregeführt. Da kann nur die Zurücknahme Platz greifen. Die Praxis hilft sich häufig mit dem Einschreiten der Oberbehörde nach § 146, Abs. 4[114]). Sie läßt also doch eine Zurücknahme zu[115]). Welchen Grund sollte aber der Gesetzgeber ge-

[113]) So in V. G. H. v. 25. Nov. 1905, Z. 12782, B. 3958 A.

[114]) So die angefochtene Entscheidung in V. G. H. v. 29. Sept. 1898, Z. 5109, B. 11982; es geht übrigens aus dem Tatbestand nicht hervor, ob die der Konzessionsverleihung entgegenstehende Propinationsberechtigung der Behörde zur Zeit der Konzessionsverleihung bekannt war oder nicht, ob also die angefochtene Entscheidung Zurücknahme oder Nichtigerklärung der Konzession bezweckte. Ähnliches gilt in vielen anderen Fällen.

[115]) In einigen Fällen hat dagegen der Verwaltungsgerichtshof

habt haben, zur Zurücknahme wegen persönlicher Mängel die Verleihungsbehörde, wegen anderer Mängel die Oberbehörde für kompetent zu erklären? Und welchen, die Zurücknahme wegen persönlicher Mängel ins freie Ermessen der Behörde zu stellen, die wegen anderer nicht? Übrigens könnte man aus § 146, Abs. 4, mit ebensoviel Berechtigung ableiten, daß die Oberbehörde das Gewerberecht wegen jedes nachträglicher Verlustes eines gesetzlichen Erfordernisses des Erwerbes entziehen könnte, und doch wird dies niemand behaupten wollen![115a]) § 146, Abs. 4, trifft überhaupt keine materiellrechtlichen Bestimmungen über die Rechtskraft, Wiederaufnahme und Zurücknahme; denn diese auf allgemeinen Grundsätzen aufgebauten Institute ändern ihr Wesen nicht je nach der Instanz, welche mit ihnen beschäftigt ist[116]). Jene Gesetzesstelle regelt vielmehr nur die funktionelle Zuständigkeit, indem er die Oberbehörde ermächtigt, außerhalb des Instanzenzuges alle gesetzlichen Maßregeln selbst zu ergreifen, welche sie sonst nur der Unterbehörde auftragen könnte. Materiellrechtlich aber ist die Oberbehörde an das gebunden, was die Unterbehörde rechtskräftig festgestellt hat[117]).

Die Wirkung der Zurücknahme ist eine Vernichtung des Gewerberechtes ex nunc[118]), d. h. der Betrieb ist bis zum Augenblicke der Zurücknahme ein befugter. Dennoch zeigt sich auch hier der Unterschied zwischen Zurücknahme und Erlöschung eines fehlerlos begründeten Rechtes. Denn das zurückgenommene Recht war von Anbeginn an fehlerhaft, in Widerspruch mit dem objektiven Recht. Sobald es zurückgenommen wurde, ist es für die Zukunft so zu betrachten, als hätte es niemals existiert. Wurde z. B. das vor Wirksamkeit der Novelle von 1907 erworbene Recht zum Betrieb eines Frauen- und Kinderkleidermachergewerbes wegen Unfähigkeit nach § 5 zurückgenommen, so er-

---

entschieden, daß auch nach § 146 bloß Zurücknahme wegen persönlicher Mängel zulässig sei. So u. a. in den E. v. 16. Okt. 1890, Z. 3132, B. 5497 u. v. 14. Okt. 1891, Z. 3232, B. 6172. Vgl. auch V. G. H. v. 16. Juni 1906, Z. 7023, B. 4516 A.

[115a]) V. G. H. v. 16. Juni 1906, Z. 7023 B. 4516 A lehnt diese Konsequenz ausdrücklich ab.

[116]) Vgl. auch V. G. H. v. 9. Febr. 1899, Z. 933, B. 12486.

[117]) Dies sagt ausdrücklich (allerdings in einer „Parteisache": Witwe gegen minderjährige Erben) V. G. H. v. 6. Dez. 1895, Z. 5728, B. 9095.

[118]) Mataja, a. a. O. 20.

setzt dieser Betrieb trotz § 14 d), Abs. 5, den Befähigungsnachweis nicht.

3. Ungültigkeit und absolute Nichtigkeit.

A. Begriff.

Bei den bisherigen Betrachtungen wurde immer vorausgesetzt, daß die Akte, auf welchen die Entstehung oder der Untergang des Gewerberechtes beruht, die Normen des objektiven Rechtes nicht verletzten. Auch die Mängel, welche Voraussetzung der Wiederaufnahme sind, beruhen nicht auf einer Rechtsverletzung durch die Behörde, sondern auf einem Irrtum, der ohne Rechtsverletzung oder doch ohne eine so bedeutende Rechtsverletzung entstanden ist, daß eine Repression nötig wäre. Wenn auch der Erfolg dem von der Rechtsordnung Gewollten widersprach, die Ursache dieses Widerspruches lag außerhalb des rechtlichen Geschehens.

Es ist aber auch möglich, daß die Behörde Normen des objektiven Rechtes verletzt. Es entsteht nun die Frage, ob und wie weit die Wirkung eines rechtsbegründenden oder rechtsvernichtenden Aktes dadurch beeinträchtigt wird, daß er gegen eine Norm verstößt.

Zunächst ist es klar, daß nicht alle Normwidrigkeiten dieselben Folgen haben können. Die Wichtigkeit der Interessen, welche sie verletzen, ist in der mannigfaltigsten Weise abgestuft. Diesen Interessen gegenüber steht das eine, grundsätzlich gleich bleibende Interesse an der Sicherheit des einmal geschaffenen und anerkannten Rechtszustandes, dessen Ausdruck die materielle Rechtskraft ist. Der Gesetzgeber muß nun diesem Verhältnis der durch die Verletzung bedrohten Rechtsgüter, er muß der „Relativität der Normverletzungen“ [119]) Rechnung tragen, die beiden Interessen gegeneinander abwägen, und nur wenn ihm die Repression einer Rechtsverletzung wichtiger erscheint als die Aufrechterhaltung der rechtskräftigen Entscheidung, bricht er mit dem Grundsatz der Rechtskraft und läßt eine Vernichtung oder Ignorierung des normwidrigen Aktes zu [120]). Es sind also nur Rechtswidrigkeiten von besonderer Wichtigkeit, welche eine Repression des rechtskräftig gewordenen Aktes zulässig machen. Welche es sind, läßt sich nur dem positiven Rechte entnehmen.

[119]) Pollak, System des öst. Zivilprozeßrechtes I, 118.
[120]) Vgl. Bernatzik, a. a. O. 267 ff.

Auch die Folgen der Normwidrigkeit sind auf dem Boden der verschiedenen Rechtsordnungen und Rechtsgebiete nicht dieselben[121]). Im allgemeinen lassen sich zwei Arten von Repression gegenüber rechtswidrigen Akten unterscheiden:

a) Der fehlerhafte Akt wird überhaupt als nicht vorhanden betrachtet, er ist in keiner Hinsicht ein Verwaltungsakt, sondern höchstens der Schein eines solchen, er ist nullius momenti. Von ihm gilt der Satz: „Sententiam ... contra ... manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est“[122]). Ein derartiger Verwaltungsakt hat keinerlei Wirkung. Wer sich mit ihm in Widerspruch setzt, handelt nicht rechtswidrig, selbst wenn er den Akt für rechtmäßig hält. Daher kann der letztere von jedermann ignoriert werden, eine Außerkraftsetzung ist nicht nötig. Den absolut unwirksamen Akt kann die Behörde nicht „in der Ausübung ihres Amtes oder Dienstes“ (§§ 81, 314 St. G.) vollstrecken oder vollstrecken lassen, es wäre also selbst der aktive Widerstand dagegen an sich rechtmäßig und nicht strafbar[122a]). Nur aus der besonderen Rechtsstellung des zur Vollstreckung funktionell berufenen Organes[122b]) wird er rechtswidrig und strafbar, wenn die Vollstreckung formell korrekt und in der allgemeinen Zuständigkeit der Behörde gelegen ist und wenn das vollziehende Organ entweder durch einen entsprechend qualifizierten Dienstbefehl gedeckt ist oder doch nicht wissentlich oder in pflichtwidriger Unkenntnis rechtswidrig handelt[122c]).

Da der absolut unwirksame Verwaltungsakt keinerlei Wirkung hat, kann er auch nachträglich durch kein wie immer geartetes Ereignis konvaleszieren, seine Wirkungslosigkeit ist unheilbar. Erginge nachträglich ein zweiter Akt, um die Wirkungen hervorzubringen, welche der erste hätte hervorbringen sollen, so wirkt er ex nunc; aber selbst wenn das positive Recht seine Wirkung auf den ersten Akt zurückbezöge, so wäre der Grund dieser

---

[121]) Vgl. Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in geschichtlicher Entwicklung passim.

[122]) l. 3 C. VII, 64.

[122a]) Vgl. statt Vieler Finger, das Strafrecht, in „Kompendien des österr. Rechtes“, II, § 125, III; Lammasch, Grundriß des Strafrechts 98; Otto Mayer, Deutsches Verw. R. I, 359: Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 464, 465; Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes 819.

[122b]) Otte Mayer a. a. O. 359.

[122c]) Otto Mayer a. a. O. 360 ff.

Wirkung doch nur der zweite Akt und nicht der erste, daher auch z. B. nur seine Zurücknahme, Nichtigkeit usw. für jene Wirkung maßgebend wäre.

Rechtsverletzungen von einer solchen vollständigen, unbedingten und endgültigen Wirkungslosigkeit sind auf allen Rechtsgebieten möglich[123]). Zu jedem behördlichen Akte läßt sich eine Reihe menschlicher Handlungen denken, welche denselben nach Ansicht der Handelnden ersetzen sollen, die aber nicht einmal den Schein jenes behördlichen Aktes für sich haben, so daß der Gesetzgeber es gar nicht für nötig hält, ihre Unwirksamkeit anzuordnen, zumal er auch gar nicht imstande wäre, alle möglichen derartigen Akte vorauszusehen. Wenn Knaben beim Spiele einen aus ihrer Mitte zu einer Gefängnisstrafe verurteilen, so wird niemand behaupten, daß dieses „Urteil" so lange gelte, bis es etwa als nichtig wegen Inkompetenz aufgehoben wird. Ebensowenig Wirkung kann es haben, wenn z. B. ein Wahnsinniger, der sich für den Bezirkshauptmann hält, oder ein Hochstapler, der sich für einen solchen ausgibt, eine Konzession erteilt.

Diese bisher besprochene Wirkungslosigkeit ist die allen Rechtssubjekten gegenüber wirksame, die absolute Nichtigkeit. Es ist auch denkbar, daß die Rechtsordnung einen und denselben Akt einem Rechtssubjekte gegenüber für vollständig, unbedingt und endgültig wirkungslos, dem anderen gegenüber für wirksam erklärt[124]). Dies wäre die relative Nichtigkeit im strengen Sinne. Diese Form von Unwirksamkeit spielt aber praktisch keine Rolle. Denn wo die Rechtsordnung einen Akt auch nur einem Rechtssubjekte gegenüber wirken läßt, dort statuiert sie im Interesse dieser Wirkung auch den anderen Rechtssubjekten gegenüber nicht seine unbedingte Unwirksamkeit, sondern die bedingte Wirksamkeit. Man nennt auch diese bedingte Nichtigkeit relative Nichtigkeit[125]). Da der Sprachgebrauch einmal eingebürgert, und ein Mißverständnis nicht zu befürchten ist, so soll im folgenden dieser Ausdruck beibehalten werden, wogegen dann der Ausdruck „absolute Nichtigkeit" für die vollständige Unwirksamkeit gegenüber allen Rechtssubjekten gebraucht werden kann;

---

[123]) Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechtes, 5. Aufl., 244 ff.; Löffler in Grünhuts Zeitschr. XXXI, 499 ff. u. a.

[124]) Bernatzik, a. a. O. 272.

[125]) Bernatzik, 201 ff. u. insb. 201, Anm. 52.

b) der fehlerhafte Akt äußert jene Wirkungen, welche er hätte, wenn er fehlerlos wäre; aber sie sind dadurch bedingt, daß er nicht beseitigt wird. Die Beseitigung kann suspensiv wirken, so daß der Akt erst gilt, wenn er bis zu einer gewissen Frist nicht angefochten, oder wenn er genehmigt wurde usw. Auf unserem Gebiete ist nur die resolutiv wirkende Beseitigung von Interesse. In diesem Falle wirkt der rechtswidrige Akt solange, bis seine Vernichtung durch eine besondere Verfügung auf Grund einer vorhergehenden Entscheidung (Nichtigerklärung) erfolgt. Man kann diese resolutiv bedingte Nichtigkeit auch als Ungültigkeit bezeichnen. Ebenso will der Ausdruck Anfechtbarkeit nichts anderes besagen, wenn man sich gegenwärtig hält, daß nicht nur die Partei, sondern auch die Behörde einen Akt als ungültig anfechten kann. Die Anfechtung kann zeitlich unbeschränkt zulässig sein, sie kann aber auch mit dem Ablauf einer Frist oder mit dem Eintritt eines anderen Ereignisses unzulässig werden. Danach kann man die heilbare und die unheilbare Ungültigkeit unterscheiden.

Auch die Ungültigkeit kann wie die Nichtigkeit bloß einzelnen gegenüber wirken, anderen gegenüber nicht. Danach ließe sich eine absolute und eine relative Ungültigkeit unterscheiden. Die letztere wird allgemein „relative Nichtigkeit" genannt.

Die Ungültigkeit ist jene Form der Unwirksamkeit, welche die modernen Zivil- und Strafprozeßgesetze als Nichtigkeit zu bezeichnen pflegen. „Nichtige" Urteile gelten, bis sie durch ein entsprechendes Rechtsmittel beseitigt werden, gleichgültig, ob die Ungültigkeit eine heilbare ist oder nicht. Hiebei werden im allgemeinen als „Nichtigkeitsgründe" nur jene Mängel aufgezählt, deren Repression dem Gesetzgeber zwar wichtiger ist als das Festhalten an der Rechtskraft, welche aber doch den S c h e i n eines gültigen Urteils zustandekommen ließen[126]). Die Festlegung der Ungültigkeitsgründe ist eben wegen dieses Scheines auch viel wichtiger als die der Gründe absoluter Nichtigkeit. Wann ein Akt absolut nichtig ist, ergibt sich meist aus der Natur der Sache[127]). Welche Normen aber dem Gesetzgeber so wichtig sind, daß ihre Verletzung den sonst gültigen Akt zu einem ungültigen, nur scheinbar gültigen macht, läßt sich meist, wenn überhaupt, nur auf dem schwierigen Weg

[126]) Vgl. Löffler, a. a. O. 549 ff.
[127]) Löffler, a. a. O. 550, 551.

subtiler Interpretation ermitteln. Es wäre also wünschenswert, daß jedes Gesetz zwar nicht die Fälle der absoluten Nichtigkeit regelt — dies wäre kaum möglich —, wohl aber die der Ungültigkeit, indem es jene Normen bezeichnet, deren Verletzung die Nichtigerklärung rechtfertigt.

Leider sind im österreichischen Rechte die Gründe der absoluten Nichtigkeit und der Ungültigkeit weder im Administrativverfahren noch im materiellen Gewerberecht geregelt. Auch die Auslegung der einzelnen Normen führt nicht zum Ziele: auf dem Gebiete des Verfahrens deswegen, weil hier zum großen Teil Gewohnheitsrecht herrscht, auf dem des materiellen Rechtes wegen der unpräzisen Fassung der Gewerbeordnung und ihrer Novellen. Auch Analogien aus anderen Rechtsgebieten sind kaum zu verwenden wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse in jenen Gebieten. Wenn daher im folgenden der Versuch gemacht werden soll, die absolute Nichtigkeit und die Ungültigkeit de lege lata darzustellen, so kann hiebei im allgemeinen nur auf die Natur der Sache und auf die Konsequenzen verwiesen werden, zu welchen andere Ansichten führen müßten.

B. Die Fälle der absoluten Nichtigkeit und der Ungültigkeit von Entscheidungen und den darauf beruhenden Verfügungen.

Es gibt dreierlei Ursachen, aus denen ein behördlicher Akt absolut nichtig oder ungültig sein kann:

1. Unzuständigkeit der handelnden Personen.
2. Wesentliche Mängel des Verfahrens.
3. Aktenwidrigkeit und materielle Rechtswidrigkeit.

1. Unzuständigkeit.

Von Zuständigkeit kann im Verwaltungsrechte in einem doppelten Sinne[128]) die Rede sein:

1. in dem Sinne, ob die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden begründet ist. Hier kann man von der Zulässigkeit des Verwaltungsweges sprechen;

2. Zuständigkeit im engeren Sinne bedeutet Verteilung der Verwaltungsangelegenheiten unter die Verwaltungsorgane. Diese Verteilung ist nach drei Gesichtspunkten geregelt;

a) durch Zuweisung bestimmter verschiedener Verwaltungs-

[128]) Vgl. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts II, 174.

funktionen in derselben Sache an verschiedene Organe (funktionelle Zuständigkeitsordnung)[129];

b) durch Verteilung der Verwaltungssachen nach ihrer Art unter gleich funktionierende Organe (sachliche Zuständigkeitsordnung)[130];

c) durch Berufung verschiedener gleich funktionierender Organe zur Erledigung gleichartiger Verwaltungssachen nach der Verschiedenheit des Sprengels (örtliche Zuständigkeitsordnung)[131].

Beispiele für die funktionelle Zuständigkeitsverteilung sind die Normen über die Tätigkeit verschiedener Instanzen in derselben Sache, oder über jene der entscheidenden und der vollstreckenden Behörde, des Chefs und der Subalternen, der Konzepts-, Rechnungs- und Kanzleibeamten usw.[132] Beispiele sachlicher Zuständigkeitsregelung bieten die Unterscheidungen zwischen allgemeiner Verwaltungsbehörde und speziellen Behörden, zwischen den Kompetenzen der einzelnen Ministerien der inneren Verwaltung, oder jene zwischen staatlicher Verwaltung und autonomer Verwaltung im eigenen Wirkungskreise. Dagegen ist wohl anzunehmen, daß die Abgrenzung des übertragenen Wirkungskreises autonomer Behörden gegen jenen der auf gleicher Stufe stehenden staatlichen Behörden der örtlichen Kompetenzordnung angehört.

Mit diesen Beispielen sind jedoch nur allgemeine Gesichtspunkte gegeben. Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

Geht nun ein Verwaltungsakt von jemandem aus, der hiezu nicht berufen ist, so entsteht die Frage, welche Wirkung sich an ihn knüpft. Diesfalls ist zu unterscheiden, ob jemand gehandelt hat, der nach dem Willen der Rechtsordnung gar nicht entscheiden kann, oder jemand, der es zwar kann, aber nicht soll[133]. Es gibt also eine Inkompetenz höheren und eine solche geringeren Grades. Die erstere hat Ungültigkeit oder ab-

---

[129]) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, 350. Gegen den Ausdruck „funktionelle Zuständigkeit" läßt sich sprachlich Manches einwenden. Er ist jedoch allgemein gebräuchlich und soll daher beibehalten werden.

[130]) Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 242.

[131]) Richard Schmidt, a. a. O. 243.

[132]) Vgl. Richard Schmidt, a. a. O. 242.

[133]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts II, 177.

solute Nichtigkeit des Aktes zur Folge, je nachdem ob er einen Schein von Gültigkeit erlangt oder nicht. Die Unzuständigkeit geringeren Grades hingegen hat auf die Gültigkeit der behördlichen Akte keinen Einfluß.

Daß Unzulässigkeit des Verwaltungsweges absolute Nichtigkeit bewirkt, soferne nicht ausdrücklich das Gegenteil normiert ist, ist richtig[133a]), kommt aber hier nicht weiter in Betracht. Dieselbe Wirkung hat es, wenn jemand einschreitet, der gar nicht Organ der vollziehenden Gewalt ist[133b]). Aber selbst ein Verwaltungsbeamter handelt nicht mehr als Amtsorgan, sondern als Privatmann, wenn er einen Akt setzt, den vorzunehmen er kein imperium hat oder sein imperium nicht ausreicht[134]). Absolut nichtig ist daher mangels etwaiger entgegenstehender Normen jeder Akt eines sachlich unzuständigen Organes. Würde also z. B. ein Steueramt eine Gewerbsanmeldung entgegennehmen oder eine Konzession erteilen, so wäre dies wirkungslos, der Betrieb wäre unbefugt, auch ohne daß eine Nichtigerklärung erfolgt. Umgekehrt bliebe ein befugter Betrieb trotz der Entziehung durch das Steueramt ein befugter[135]).

Von der funktionellen Unzuständigkeit gilt im allgemeinen dasselbe. Wenn jedoch eine untere Behörde einen Akt vornimmt, der in die Zuständigkeit einer höheren gleichartigen Behörde gehört, so entsteht der Schein eines Aktes, es ist daher nicht absolute Nichtigkeit, sondern Ungültigkeit anzunehmen[135a]). So hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß eine Baugewerbskonzession, welche entgegen der Kompetenzvorschrift des § 14 des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, R. G. B. Nr. 193, von der Bezirkshauptmannschaft erteilt wurde, kein Recht begründe, daß daher die Oberbehörde nach § 146 einzuschreiten habe[136]), und daß eine derartige Konzession nicht zurückgenommen, sondern bloß deren Nichtigkeit deklariert werden müsse[137]). Hingegen dürfte es nach außen hin keine Wirkung haben, wenn die höhere Behörde an Stelle der niederen

---

[133a]) Vgl. u. a. Haurion, Précis de droit admin. et de droit public, 6. Aufl., 451 Anm. 1 u. 372.

[133b]) Hauriou a. a. O. 450, 451; Berhélemy, Traité élémentaire de droit admin., 4. Aufl., 918.

[134]) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verw.-R. I, 305.

[135]) Vgl. auch Bernatzik, a. a. O., 270, Anm. 2.

[135a]) Hauriou, a. a. O. 451, Berthélemy a. a. O.

[136]) E. v. 21. März 1906, Z. 3295, B. 4268 A.

handelt, selbst wenn die erstere sich dadurch disziplinarisch verantwortlich macht. Denn da die Oberbehörde im Instanzenzug sowie außerhalb desselben im Falle des Aufkommens von Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsgründen nach § 146, Abs. 4, zum Einschreiten befugt ist, so muß man wohl annehmen, daß auch ihr sonstiges Eingreifen keine so bedeutende Normverletzung darstellt, welche die Nichtigkeit zur Folge hätte.

Ähnliches ist von der örtlichen Unzuständigkeit zu sagen[138]). Eine Anmeldung bei der örtlich inkompetenten Behörde hätte alle Rechtswirkungen der gültigen Anmeldung, insbesondere wäre der Betrieb befugt. Doch wäre wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzung des § 144, Abs. 1, der Gewerbeschein zu verweigern und der Betrieb nach § 13, Abs. 2, mit Wirkung ex nunc zu untersagen. Der bereits erteilte Gewerbeschein könnte unter den sonstigen Voraussetzungen deswegen zurückgenommen werden, weil die Tatumstände, auf welche sich die Unzuständigkeit gründet, erst nachträglich aufkommen. Ebenso wäre die von der örtlich inkompetenten Behörde verliehene Konzession gültig, aber zurücknehmbar[138a]).

Die Nichtigkeit wegen Unzuständigkeit wird nicht dadurch behoben, daß die Behörde nachträglich zuständig wird. Einen derartigen Fall entschied das preußische Oberverwaltungsgericht[139]). Der Polizeipräsident von Berlin hatte unter Überschreitung seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit eine Irrenanstalt in Charlottenburg konzessioniert. Nachträglich wurde er kompetent. Nunmehr trug der Polizeipräsident von Charlottenburg dem Unternehmer bei sonstiger Bestrafung und Schließung der Anstalt auf, bei dem jetzt zuständigen Polizeipräsidenten von Berlin neuerlich um Erlaubnis anzusuchen. Das Oberverwaltungsgericht hielt diese Verfügung mit der Motivierung aufrecht, daß die von dem örtlich und sachlich inkompetenten Polizeipräsidenten erteilte Konzession „in dem

[137]) E. v. 12. Jänner 1899, Z. 277, B. 12378.

[138]) Vgl. jedoch Tezner, Handbuch des öst. Administrativverfahrens 60.

[138a]) Nach französischer Auffassung bildet örtliche, sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit schlechtweg einen Ungültigkeitsgrund, welcher mittelst des recours pour excès de pouvoir geltend gemacht werden kann. Vgl. namentlich die bei Ducrocq, Cours de droit admin., 7. Aufl., II, 30 zitierten Entscheidungen, ferner Hauriou a. a. O., Barthélemy a. a. O. u. a.

[139]) E. v. 14. Nov. 1901, 40. Band, Nr. 54.

Sinne unwirksam und nichtig" sei, „daß aus ihr das Recht auf Fortsetzung des Gewerbebetriebs... nicht in Anspruch genommen" werden könne. Wenn Vossen[140]) hiezu bemerkt, Zuständigkeitsfragen innerhalb der Behörden hätten dieselben unter sich abzumachen, und die Konzessionserteilung durch eine unzuständige Behörde müsse ebenso Recht schaffen, wie das Urteil eines unzuständigen Gerichtes, so kann dies nur bezüglich der örtlichen und teilweise der funktionellen Inkompetenz zugegeben werden. Vossen führt aus, wenn der Staat sein Recht auf Erteilung der Konzession einmal rechtskräftig ausgeübt habe, so sei für eine nachträgliche Änderung dieser Entscheidung im Verwaltungswege kein Raum, um so mehr, als ja der Polizeipräsident nachträglich zuständig geworden sei. Beide Behauptungen sind unrichtig. Der Staat kann gar nicht anders handeln als durch seine Organe, und ob der Polizeipräsident bei Überschreitung seines Wirkungskreises noch als Organ gehandelt hat, ist ja eben fraglich. Die Tätigkeit anderer als der berufenen Organe ist irrelevant, und sie bleibt es, auch wenn die Handelnden nachträglich zu derartigen Akten bevollmächtigt und beauftragt werden.

ad 2. Ein rechtsbegründender oder rechtsvernichtender Akt ist nichtig oder ungültig, wenn das zugrunde liegende Verfahren an einem derartigen Mangel leidet, daß eine ordnungsmäßige Erledigung nach positiven Normen oder im Geiste des Gesetzes oder nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist. Eine erschöpfende Aufzählung dieser Mängel wäre kaum möglich[141]). Auch fiele ihre nähere Darstellung in die Lehre vom Administrativverfahren. Die wichtigsten Fälle sind: ungehörige Besetzung der Behörde; Ausschluß der Partei vom rechtlichen Gehör oder der Vernehmlassung, indem der Partei die Möglichkeit[142]), gehört zu werden, entzogen wurde, Pflichtverletzungen durch die Behörde u. a. Insbesondere ist es ein derartiger Mangel des Verfahrens, wenn die Prüfung einer wesentlichen gesetzlichen Voraussetzung unterlassen wurde,

---

[140]) Der oberverwaltungsgerichtliche Schutz der Industrie und des Gewerbes, 89.

[141]) Vgl. die Ausführungen von Bernatzik, a. a. O. 271, 272, und Tezner, Handbuch des österr. Administrativverf., 281 ff. S. auch Ducrocq, a. a. O. 32 ff. und Hauriou a. a. O. 451, 452.

[142]) Vgl. V. G. H. v. 30. Mai 1891, Z. 1933, B. 5993.

welche entweder bestritten ist[143]) oder deren Vorhandensein nicht prima facie wahrscheinlich ist, z. B. Ausstellung eines Gewerbescheines für ein handwerksmäßiges Gewerbe, ohne daß der Befähigungsnachweis formell erbracht wurde, oder Unterlassung der Einholung eines Sachverständigengutachtens über gewerberechtliche Vorfragen, welche nur durch Sachverständige dargetan werden können[144]), oder nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift durch Sachverständige zu entscheiden sind.

Kein wesentlicher Mangel ist dagegen die Unterlassung der Prüfung eines gesetzlichen Erfordernisses, welches unbestritten ist und die Wahrscheinlichkeit für sich hat, z. B. der Prüfung, ob ein äußerlich korrektes Lehrzeugnis echt und inhaltlich richtig ist[145]). Ebensowenig bildet es einen wesentlichen Mangel, wenn die Behörde im Gebiete ihres freien Ermessens eine ausdrückliche Prüfung des öffentlichen Interesses unterläßt. Denn wie sie sich ihre Ansicht hierüber bildet, ist mangels spezieller Normen rechtlich irrelevant. Soweit hierüber aber eine Vorschrift besteht, z. B. Anhörung einer Berufskörperschaft, liegt eben in bezug auf die Form nicht mehr freies Ermessen vor.

Ein wesentlicher Mangel ist auch die Unterlassung der Bekanntgabe der Entscheidung samt Gründen an die Partei (§ 146, Abs. 1), wenn und weil hiedurch der Partei die rechtliche Möglichkeit abgeschnitten wird, wirksam Rechtsmittel einzulegen. Doch wirkt dieser Mangel nur bedingt. Nachträgliche Zustellung beseitigt ihn. Die Verspätung der Intimierung hatte dann nur eine Hinausschiebung des Eintrittes der formellen Rechtskraft zur Folge, die Gültigkeit und materielle Rechtskraft besteht so, als ob das Verfahren von Anfang an korrekt gewesen wäre. Dies ist im wesentlichen die Rechtsanschauung, welche der Entscheidung des Handelsministeriums vom 9. November 1906, Z. 27.641[146]), zugrunde liegt. Eine Bezirkshauptmannschaft hatte den Konsens zur Genehmigung einer Betriebsanlage nach § 27 G. O. erteilt, es aber unterlassen, die Entscheidung samt Gründen gemäß § 34, Abs. 1, jenen Anrainern bekannt zu geben, welche bei der Lokalverhandlung Einwendungen erhoben hatten. Die politische Landesbehörde hob daher den Konsens wegen mangelhaften Verfahrens auf. Das Handelsministerium behob unter Wiederherstel-

[143]) Vgl. V. G. H. v. 28. Dez. 1901, Z. 9457, B. 729 A.
[144]) V. G. H. v. 17. März 1897, Z. 961, B. 10509.
[145]) Vgl. V. G. H. v. 14. Dez. 1898, Z. 6935, B. 12270.
[146]) Amtsbl. f. d. Handels- und Gewerbeverw. II, 10.

lung der erstinstanzlichen Bescheide die Entscheidung der zweiten Instanz und ordnete die nachträgliche Intimierung an. Die Unterlassung der Zustellung an die Anrainer könne die Nichtigkeit deshalb nicht begründen, weil den Anrainern durch die nachträgliche Intimierung Gelegenheit gegeben wurde, ihre Interessen im Instanzenzuge zu wahren.

Wesentliche Mängel des Verfahrens bewirken nach moderner Auffassung im Gegensatz zur römischen nicht die absolute Nichtigkeit, sondern nur die Ungültigkeit. Was die Behörde innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit tut, hat einen Schein der Rechtmäßigkeit für sich, auf den sich der Rechtsunkundige soll verlassen können. Rechtlich liegt kein Verfahren vor, tatsächlich liegt aber eines vor, ja es ist sogar ungewiß, ob nicht rechtlich eines vorliegt[147]). Es ist daher eine Nichtigerklärung erforderlich.

Unter den Normen des Verfahrens sind zahlreiche, deren Verletzung nicht das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Form[148]) berührt, aber wesentliche Nachteile für die sachliche Richtigkeit der Entscheidung haben kann. Die Geltendmachung solcher Verletzungen ist den Subjekten oder Vertretern des zu schützenden Interesses überlassen. Derartige Ungültigkeitsgründe müssen vor Eintritt der formellen Rechtskraft geltend gemacht werden[149]), sonst ist die Partei von ihrer ferneren Geltendmachung präkludiert. Nur wenn das Verfahren mit einem solchen Mangel behaftet war, welchen sie nicht geltend machen konnte, wird sie solange nicht präkludiert, als sie ihn nicht geltend machen kann.

In diesen Fällen liegt eine relative und heilbare Ungültigkeit vor. Hieher gehört es z. B., wenn vor Erteilung einer Konzession die vorgeschriebene Anhörung einer Berufskörperschaft unterlassen wurde. Die Entscheidung ist dann der letzteren gegenüber ungültig oder, wie man gewöhnlich sagt, relativ nichtig. Unterläßt die Körperschaft jedoch die Anfechtung trotz Kenntnis des Mangels innerhalb eines tempus modicum, so muß Verzicht auf die Anfechtung und Konvaleszenz des Verfahrens angenommen werden. Denn eine Entscheidung, die immer noch nach dem Belieben der Genossenschaft angefochten werden kann,

---

[147]) Richard Schmidt, Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßrechtes, 665.
[148]) Löffler, a. a. O. 506, 507.
[149]) Bernatzik, a. a. O. 272.

würde einen für den Gewerbsinhaber unerträglichen Rechtszustand herbeiführen.

Die Praxis verkennt häufig den relativen Charakter dieses Mangels. So kommt es, daß er bald als absoluter Ungültigkeitsgrund hingestellt[150]), bald überhaupt nicht als Ungültigkeitsgrund betrachtet wird[151]).

ad 3. Die materielle Rechtswidrigkeit besteht im allgemeinen darin, daß der Tatbestand unter eine unrichtige Rechtsnorm subsumiert wurde, oder daß die Rechtsnorm, unter welche er gehört, in wesentlichen Punkten falsch ausgelegt wurde. Der Fehler ist hier eine falsche Auffassung des geltenden materiellen Rechtes. Es ist aber auch denkbar, daß die Entscheidung ohne einen solchen Rechtsirrtum materiell unrichtig ausfällt, wenn nämlich die Behörde versehentlich einen anderen als den aktenmäßigen Tatbestand ihrer Entscheidung zugrunde legt. Dann liegt Aktenwidrigkeit vor.

Im Erfolge können beide Fehler gleich wirken, so daß es sich oft nur auf Grund der Akten oder doch der Entscheidungsgründe feststellen läßt, ob Aktenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit vorliegt.

Wer eine Entscheidung wegen eines dieser beiden Mängel anficht oder ignoriert, behauptet, daß die Behörde anders entschieden hat, als sie auf Grund des aktenmäßigen Tatbestandes hätte entscheiden müssen. Er behauptet, daß das Materiellrechtliche der Entscheidung normwidrig, unverbindlich sei. Nun ist es aber gerade das Materiellrechtliche, was vermöge der Rechtskraft unanfechtbar festgestellt wird. Die Nichtigkeit oder Ungültigkeit wegen materiell unrichtiger Entscheidung ist also eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft. Von der Unzuständigkeit und den wesentlichen Mängeln des Verfahrens kann nicht dasselbe behauptet werden. Denn die Rechtskraft setzt ja eine Entscheidung voraus, die von der zuständigen Behörde und auf Grund eines entsprechenden Verfahrens ergangen ist; dies sind nicht bloß Erfordernisse in abstracto, sondern in concreto.

Infolge jener Erscheinung behauptet man vielfach, die Rechtswidrigkeit dürfe keinen Nichtigkeits- oder Anfechtungs-

---

[150]) So u. a. die Entsch. d. Min. d. Inn. v. 20. Nov. 1889, Z. 21000 (in V. G. H. v. 16. Okt. 1890, Z. 3132, B. 5497).

[151]) Vgl. u. a. besonders V. G. H. v. 14. Okt. 1891, Z. 3232, B. 6172.

grund bilden, sonst sei die Rechtskraft ein leerer Name[152]); das Interesse an der Unanfechtbarkeit der Entscheidung sei ein öffentliches Interesse höherer Ordnung, welches die Zulässigkeit der Repression des Unrechtes hier ausschließe[153]) usw. Allein diese Bedenken wären nur dann stichhältig, wenn die Behauptung jeder wesentlichen Rechtswidrigkeit Grundlage einer neuen Prüfung sein könnte. Auch das Erfordernis, daß die Rechtsverletzung eine offenbare sein müsse, dürfte doch ein etwas zu unbestimmtes Kriterium geben[154]), obwohl sich noch heute wichtige Stimmen erheben, welche diese Lösung der Frage de lege ferenda für die richtige halten[155]).

Andererseits gibt es doch Fälle von so einschneidender Rechtswidrigkeit, daß von einer bindenden Wirkung derselben nicht die Rede sein kann, z. B. es wird eine Konzession oder ein Gewerbeschein einer unerlaubten Gesellschaft erteilt, oder eine solche Urkunde lautet auf einen im Auslande gelegenen Standort oder auf eine Gewerbsart, welche gar nicht angemeldet, bzw. deren Konzessionierung gar nicht begehrt wurde. Derartige Fälle sind leicht denkbar, wenn z. B. der entscheidende Beamte den Akt nicht genau gelesen hat. Es geht nun gewiß nicht an, daß etwa in dem letzten der genannten drei Beispiele das fälschlich erteilte Gewerberecht unter Berufung auf die Rechtskraft ausgeübt werden könne. Es muß vielmehr gewisse Fundamentalsätze des materiellen Rechtes geben, deren Verletzung die formell korrekte Entscheidung nichtig oder ungültig macht.

Welches diese Fundamentalsätze sind, läßt sich mangels ausdrücklicher Normen nur aus dem Geiste der Institute des materiellen Rechtes und ihrer Regelung entnehmen. Für das österreichische Recht dürften jene Normen in Betracht kommen, welche die Individualisierung des subjektiven Gewerberechtes bezwecken[156]). Eine rechtsbegründende oder rechtsvernichtende Verfügung ist also dann absolut nichtig oder ungültig, wenn die Individualisierungsmo-

---

[152]) Gönner, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren, 1817, II, 865.

[153]) Bernatzik, a. a. O. 277; Pollak, System des öst. Zivilprozeßrechtes, 199 ff.

[154]) Vgl. Löffler, a. a. O. 506, Anm. 32.

[155]) So Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechtes, 5. Auflage, 239.

[156]) Vgl. oben S. 104 ff.

mente des Rechtes, auf welche sie sich bezieht, mit jenen der Entscheidung oder jenen des der Entscheidung zugrunde liegenden Aktes nicht übereinstimmen (Aktenwidrigkeit), oder nach der Rechtsordnung nicht Substrat jenes Rechtes sein können (Rechtswidrigkeit). Aktenwidrig ist die Verleihung eines Gewerbescheines oder einer Konzession, wenn eines der Individualisierungsmomente von den in der Anmeldung oder dem Konzessionsgesuch angegebenen, nicht etwa von dem tatsächlich vorhandenen, abweicht. Aktenwidrig ist ferner die Entziehung, Zurücknahme, Nichtigerklärung, welche in einem der Individualisierungsmomente mit der Anmeldung oder Konzession des zu vernichtenden Rechtes nicht übereinstimmt. Rechtswidrig ist die Verleihung an ein faktisch oder rechtlich nicht existierendes Subjekt, z. B. an eine juristische Person außerhalb ihrer Statuten[157]), an eine „Domänendirektion“[158]) usw.; nicht aber an eine zwar rechtsfähige, aber nicht erwerbsfähige Person[159]); rechtswidrig wäre ein Gewerbeschein oder eine Konzession über eine Beschäftigung, welche nicht unter die Gewerbeordnung fällt[160]), oder bezüglich eines nicht existierenden oder doch nicht im Inlande befindlichen Standortes; ebenso die Abweisung eines Konzessionsgesuches oder Verweigerung eines Gewerbescheines mit der fälschlichen Begründung, daß die Beschäftigung nicht unter die Gewerbeordnung falle, daß der Standort nicht im Inlande liege usw.

Alles dies gilt selbstverständlich nur, wenn es sich nicht um bloße Schreibfehler der Ausfertigung handelt, die „im kurzen Wege“ berichtigt werden können, sondern um Mängel der Entscheidung selbst, bzw. der auf ihr beruhenden Verfügung.

Ist die Entscheidung in bezug auf die drei Grundelemente des Gewerberechtes den Akten entsprechend und objektivrechtlich möglich, so ist sie gültig. Der Verwaltungsgerichtshof dürfte wohl zu weit gehen, wenn er die Nichtigerklärung von rechtskräftig gewordenen, rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden

---

[157]) V. G. H. v. 4. Nov. 1892, Z. 3080, B. 6851, v. 3. Febr. 1905, Z. 1196, B. 3284 A. u. a.

[158]) V. G. H. v. 10. Sept. 1904, Z. 9380, B. 2845 A.

[159]) Vgl. auch Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., II, 140.

[160]) Diesen Nichtigkeitsgrund behauptet z. B. die Entscheidung der Statthalterei in V. G. H. v. 12. Juni 1902, Z. 5288, B. 1124 A.

Akten auch wegen Verletzung anderer gesetzlicher Normen für zulässig erklärt, z. B. Nichtigerklärung einer Konzession oder eines Gewerbescheines, welche trotz des Nichtvorhandenseins der vorgeschriebenen Befähigung erteilt worden waren[161]), oder Nichtigerklärung der Bewilligung zum Feilbieten von Steinkohle „im Umherziehen" (§ 60, Abs. 5 G. O.), weil rechtsirrtümlich die Steinkohle als „eigenes Erzeugnis" angesehen worden war[162]). Es ist nicht immer ius in thesi clarum, welches die gesetzlichen Erfordernisse des Rechtserwerbes und der Rechtsentziehung festsetzt; man denke an den Befähigungsnachweis nach freier Würdigung der Behörde (§ 14 d), an die ziemlich unbestimmt formulierten Entziehungsgründe des § 133 b), an die Erfordernisse der Verläßlichkeit, Unbescholtenheit, des Lokalbedarfes. Aber auch die scheinbar präziseste Norm kann zu Zweifeln Anlaß geben. Z. B. gehört zur Qualifikation für ein handwerksmäßiges Gewerbe im allgemeinen die „mehrjährige Verwendung als Gehilfe". Nun ist es möglich, daß jemand zwar durch die erforderliche Zahl an Jahren derart verwendet wurde, aber nicht unausgesetzt, sondern etwa nur fünfmal der Woche, oder bloß viermal usw. Wo ist da die Grenze? Freilich ist auch die Frage, ob eine Entscheidung in bezug auf die Grundelemente des Gewerberechtes aktenmäßig und objektivrechtlich möglich sei, oft zweifelhaft[163]), ebenso wie die Normen über Kompetenz und Verfahren. Allein hier ist die Unsicherheit doch nur in verhältnismäßig enge Grenzen gebannt. Normen, welche Kompetenz, Verfahren, Individualisierungsmomente des Rechtes regeln, sind ihrer Natur nach einer großen Klarheit und Präzision fähig. Grenzfälle werden von der Rechtskraft mit ergriffen[164]), bzw. es wird rechtskräftig festgestellt, daß sie nicht mehr unter die Rechtskraftwirkung fallen. Aber selbst wenn im positiven Recht Normen über die Nichtigkeit und Ungültigkeit in diesen Gebieten gänzlich fehlen, kann sich hier leicht eine klare und konstante Praxis bilden. Von den sonstigen materiellrechtlichen Vorschriften läßt sich dies im allgemeinen nicht behaupten; dort

---

[161]) E. v. 8. Okt. 1897, Z. 5178, B. 11023, v. 28. Dez. 1901, Z. 9457, B. 729 A., v. 2. Dez. 1904, Z. 12776, B. 3119 A. u. a.

[162]) E. v. 20. Sept. 1905, Z. 10099, B. 3752 A.

[163]) z. B. ob eine Beschäftigung unter die Gewerbeordnung falle, vgl. die oben in Anm. 160 zit. Entsch., B. 1124 A.

[164]) Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., II, 140.

finden sich alle Abstufungen von der genauesten Fixierung des Tatbestandes bis zur ungenauesten Textierung, welche alles der Interpretation, der freien Würdigung des Tatbestandes durch die Behörde überläßt. Wollte man in allen diesen Fällen eine Überprüfbarkeit der Entscheidung wegen der Behauptung der Normwidrigkeit gestatten, dann wäre wirklich die Rechtskraft und damit die Rechtssicherheit ein leerer Name.

Daraus folgt, daß die Rechtssicherheit, welche der Zweck der materiellen Rechtskraft ist, nur gewahrt ist, wenn das einmal rechtskräftig Entschiedene absolut verbindlich ist. Unbestreitbar, dauernd, bindend und maßgebend ist eine Entscheidung nur, wenn alle künftigen behördlichen Akte, deren Prämissen ihr widersprechen, nichtig oder ungültig sind. Rechtswidrig ist also auch jeder behördliche Akt, welcher gegen das bezüglich desselben Rechtsverhältnisses schon einmal rechtskräftig Festgestellte verstößt. Die Amtsgewalt der Behörde zur Entscheidung ist eben durch das frühere Erkenntnis konsumiert. Nach französischer Auffassung bildet der Verstoß gegen die Rechtskraft einen excès de pouvoir[165]). Ob dasselbe Rechtsverhältnis vorliegt, hängt von der Identität der Individualisierungsmomente ab; die „Sache“[166]), der tatsächliche Anlaß, mag eine verschiedene sein. Ist daher z. B. die Verläßlichkeit eines Gewerbetreibenden durch die Verleihung einer Konzession rechtskräftig festgestellt, so ist eine Entziehung wegen des Verlustes der Verläßlichkeit, welche sich nicht auf neu eingetretene Tatsachen stützt, rechtswidrig. Nicht deshalb, weil § 139, Abs. 3 b), vorschreibt, der Gewerbetreibende müsse derartige Handlungen begangen haben, welche seine Verläßlichkeit beeinträchtigen, denn diese Norm hat nicht mehr Kraft wie andere, ihre Übertretung müßte an sich keine Nichtigkeit zur Folge haben. Sondern weil ein solches Erkenntnis gegen die Rechtskraft eines früheren verstößt. Auch eine Zurücknahme, welche sich nicht auf ursprünglich vorhandene, nachträglich aufgekommene Tatsachen, sondern auf eine nachträgliche Sinnesänderung der Behörde stützt, wäre wegen Verstoßes gegen die materielle Rechtskraft rechtswidrig. Dagegen ist die Entscheidung der Frage, ob ein gesetzlicher Mangel vorliegt, der die Zurücknahme rechtfertigt, eine einfache Anwendung materieller

---

[165]) Ducrocq, Cours de droit administratif, 7. Aufl., II, 32.
[166]) Bernatzik, a. a. O. 150, Anm. 46.

Rechtsnormen auf den neu aufgekommenen Tatbestand; daher wird sie unanfechtbar, auch wenn sie gegen das materielle Recht verstieße, es sei denn, daß einer der früher genannten Fälle von Aktenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit vorliege.

Selbstverständlich ist in diesen Fällen vorausgesetzt, daß die Behörde die entgegenstehende rechtskräftige Entscheidung kannte oder kennen mußte. Sonst könnte zwar ein Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorliegen, aber kein Nichtigkeits- oder Ungültigkeitsgrund.

Hiemit sind die Fälle der Nichtigkeit wegen Aktenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit erschöpft. Es sind also, nochmals zusammengefaßt, folgende:

1. Die Entscheidung oder die darauf beruhende Verfügung deckt in einem der Individualisierungsmomente den aktenmäßig — nicht etwa den objektiv — vorhandenen Tatbestand nicht oder die Verfügung wird durch die Entscheidung, auf welcher sie beruhen soll, nicht gedeckt.

2. Die Entscheidung ist faktisch oder rechtlich unmöglich, weil eines der Individualisierungsmomente des zu subsumierenden Tatbestandes den von der Rechtsordnung geforderten nicht entspricht.

3. Die Entscheidung verstößt gegen die materielle Rechtskraft.

Die akten- und rechtswidrigen Entscheidungen sind trotz ihrer Fehlerhaftigkeit an sich doch äußerlich korrekte Akte der zuständigen Behörde, die den Schein der Gültigkeit für sich haben. Sie sind somit nicht absolut nichtig, sondern ungültig. Dies gilt auch von dem Falle rechtlicher Unmöglichkeit, z. B. Konzessionsverleihung an eine verbotene Gesellschaft. Es ist ja von dem Laien nicht zu erwarten, daß er den Mangel kennt, wenn der Fall für den Juristen noch so klar wäre. Nur in den Fällen der faktischen Unmöglichkeit, z. B. Konzessionsverleihung an eine nicht existierende Person, gilt der Satz des Paulus[167]: impossibile praeceptum iudicis nullius esse momenti.

C. Die absolute Nichtigkeit und die Ungültigkeit von anderen Verfügungen und von Parteihandlungen.

Das im vorigen Abschnitte Ausgeführte bezog sich nur auf die Entscheidungen und die auf ihnen beruhenden behördlichen Verfügungen. Für die Entstehung und Endigung des

[167]) l. 3. D. 49, 8.

Gewerberechtes kommen aber auch Handlungen der Partei in Betracht, z. B. die Anmeldung, das Konzessionsgesuch, der Verzicht, ferner behördliche Akte, welchen keine Entscheidung im technischen Sinne zugrunde liegt, z. B. die Entgegennahme der Anmeldung, des Konzessionsgesuches, oder des Verzichtes, oder die Abweisung derselben a limine, z. B. wegen Unzuständigkeit, oder die Verweigerung einer Konzession aus Gründen des freien Ermessens ohne Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen. Bezüglich der Unzuständigkeit[168]) der Behörde zu derartigen Akten und der wesentlichen Mängel des Verfahrens, soferne hier solche überhaupt vorkommen können, gilt das oben Gesagte. Wenn dagegen eine Verfügung gegen die Aktenlage, bzw. das materielle Recht in wesentlichen Punkten verstößt, so stehen ihrer Repression nicht jene Bedenken entgegen, welche für die Entscheidungen ausschlaggebend waren. Dasselbe gilt von den rechtlich unzulässigen Parteihandlungen. In allen diesen Fällen kann die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eintreten, und da es sich hier zum Teile um Begründung von subjektiven Rechten handelt, also um Akte, welche die Behörde binden, zum Teile auch um Endigung von solchen, also um Akte, welche die Partei binden, so vermag die formelle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit den Anschein der materiellen Rechtskraft zu gewinnen. Diese Erscheinung hat wohl Tezner[169]) zu der Behauptung veranlaßt, daß alle Akte, welche der formellen Rechtskraft fähig sind, auch materielle Rechtskraft beschreiten, Verfügungen ebenso wie Entscheidungen. Ähnlich nimmt Menzel[170]) Rechtskraft aller jener Verwaltungsakte an, welche ein konkretes Rechtsverhältnis regeln. Tatsächlich ist hier von materieller Rechtskraft keine Rede[171]). Daher kann eine Überprüfung der Zulässigkeit von Amts wegen jederzeit erfolgen. Ebenso ist die Anfechtung durch die Partei statthaft, soferne letztere nicht durch den Eintritt der formellen Rechtskraft präkludiert wird.

Verfügungen, welche nicht auf einer Entscheidung beruhen, sind ungültig wegen jeder wesentlichen Gesetzwidrigkeit

---

[168]) Vgl. auch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 305.

[169]) Handbuch des öst. Administrativverfahrens, 339, 334.

[170]) Öst. Staatswörterbuch, 1. Aufl., II, 1483.

[171]) Vgl. auch Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3. Aufl., I, 614, 615, ferner das oben im III. Abschnitte unter I A. Ausgeführte.

oder Aktenwidrigkeit, Parteihandlungen wegen jeder wesentlichen Gesetzwidrigkeit. Eine absolute Nichtigkeit kann hier nicht vorliegen, denn ob ein solcher Mangel vorliegt, steht ja nicht ohne weiteres fest. Daher ordnet die Gewerbeordnung mit Recht an, daß auf Grund der Anmeldung das Gewerbe solange betrieben werden darf, bis die Untersagung nach § 13, Abs. 2, erfolgt ist. Verstößt also eine Anmeldung gegen das materielle Recht, wird z. B. ein handwerksmäßiges Gewerbe von jemandem angemeldet, der den Befähigungsnachweis nicht hat, so ist sie ungültig, aber nicht absolut nichtig. D. h. das Gewerbe darf bis zum Augenblick der Untersagung betrieben werden. Jeder Eingriff eines behördlichen Organs, etwa aus Zweckmäßigkeitsgründen, wäre unzulässig. Ist aber die Untersagung erfolgt, so ist der Betrieb von vornherein als unbefugt zu betrachten.

Absolute Nichtigkeit einer behördlichen Verfügung läge auch hier nur bei einer faktischen Unmöglichkeit vor. Dagegen muß die absolute Nichtigkeit von Parteihandlungen überdies in jenen Fällen angenommen werden, in welchen kein rechtlich willensfähiges Subjekt vorliegt, z. B. Anmeldung, Konzessionsgesuch oder Verzicht durch einen Nichteigenberechtigten ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, oder für eine juristische Person durch andere als die hiezu berufenen Organe. Diese Fälle sind für das Gebiet der Parteihandlungen etwa das Analogon zur Unzuständigkeit auf dem Gebiete der behördlichen Handlungen.

D. Die Wirkung der absoluten Nichtigkeit.

Vor der Darstellung privatrechtlicher Wirkungen der in dem Gewerbe geschlossenen Privatrechtsgeschäfte ist im folgenden abgesehen.

Ein absolut nichtiger Akt ist ein rechtlich völlig irrelevantes Geschehen[172]). Wer die Nichtigkeit kennt, braucht sich nicht daran zu kehren, er kann ihn einfach ignorieren. Die Behörde ist hiezu sogar verpflichtet[173]). Sie hat sonach eine nichtige Anmeldung nicht zu bestätigen (§ 144, Abs. 1), sondern a limine abzuweisen, und den Betrieb auf Grund einer solchen einzustellen, ohne ihn zu untersagen[174]), das Konzessionsgesuch

[172]) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 100.

[173]) Vgl. Binding, Grundriß des Strafprozeßrechtes, 5. Aufl., 245.

[174]) Erl. d. Min. d. Inn. v. 9. Aug. 1902, Z. 32918, Norm. Slg. Nr. 4871.

gleichfalls ohne weitere Prüfung a limine abzuweisen. Dies sind lauter Handlungen, welche gegenüber einem gültigen oder auch nur bloß ungültigen Akte einen unerlaubten Eingriff bedeuten würden, gegenüber dem absolut nichtigen jedoch stattfinden müssen. Der Betrieb trotz absolut nichtiger Erteilung des Gewerbescheines oder der Konzession ist unbefugt und unmittelbar zu untersagen, der Betrieb trotz absolut nichtiger Entziehung, Zurücknahme oder Nichtigerklärung befugt usw. Kurz, der Akt kann und muß ignoriert werden, ohne daß eine Feststellung der Unwirksamkeit erforderlich wäre. Entsteht ein Streit oder Zweifel über die Nichtigkeit, so kommt es zu einer nach rückwärts wirkenden Entscheidung über ihr Bestehen. Es zeigt sich dann, daß die Einstellung der Ausübung des vermeintlich nichtigen Gewerberechtes tatsächlich ein unerlaubter Eingriff in jene eines gültigen war, oder daß der vermeintlich befugte Betrieb unbefugt war. Die Nichtigerklärung wirkt also in jeder Beziehung ex tunc. Behörde wie Partei haben auf eigene Gefahr die Gültigkeit oder Nichtigkeit beurteilt.

Von dem aktiven Widerstand gegen die Durchsetzung absolut nichtiger Akte war bereits S. 174 die Rede. Auf eine nähere Darstellung muß hier verzichtet werden. Sie gehört systematisch ins Strafrecht, da der Widerstand nur insoweit unerlaubt ist, als er strafrechtlich verantwortlich macht.

E. Die Wirkung der Ungültigkeit.

Ungültig sind, wie wir gesehen haben, jene Akte, welche zwar einen solchen Mangel aufweisen, daß die Rechtsordnung ihre Repression höher stellt als die Sicherheit des einmal begründeten Rechtszustandes, welche aber doch einen Schein der Gültigkeit erwecken, so daß die Repression im Interesse der Rechtssicherheit nur dann zulässig ist, wenn der Mangel auf Grund einer besonderen Prüfung ausdrücklich festgestellt wird. Es ist also eine Nichtigerklärung nötig. Diese kann von Amts wegen oder auf Antrag erfolgen. Die Ungültigkeit kann auch im Verfahren als Einrede geltend gemacht werden. Solange die Nichtigerklärung nicht erfolgt ist, ergehen an alle Normunterworfenen dieselben Imperative, wie wenn der ungültige Akt gültig wäre.[175]) Der fehlerhafte Akt ist eben nicht schlechthin unwirksam, sondern bedingt wirksam, und die Resolutivbedingung ist die

[175]) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 99.

Nichtigerklärung. Es ist möglich, daß diese Bedingung niemals eintritt. Zahllose rechtsverletzende Verfügungen bleiben dadurch wirksam, daß die Partei sie in formelle Rechtskraft erwachsen läßt und daß die Behörde später nicht mehr in die Gelegenheit kommt, ihre Gültigkeit von Amts wegen zu prüfen. Wer sich also mit dem ungültigen, aber noch nicht nichtig erklärten Akt in Widerspruch setzt, handelt nicht bloß auf die Gefahr, daß seine Rechtsanschauung eine unzutreffende ist, sondern auch auf die Gefahr hin, daß die Nichtigerklärung aus irgendeinem Grunde unterbleibt. Jedes Verhalten, welches dem ungültigen, aber noch nicht außer Kraft gesetzten Akt widerspricht, ist unzulässig. Daher darf z. B. die Behörde eine formell korrekte, nicht absolut nichtige Anmeldung keineswegs a limine zurückweisen, wenn sie noch so offenbar gegen das materielle Recht verstieße, sondern es hat erst eine Prüfung zu erfolgen, der Partei ist Gelegenheit zu geben, eventuelle fehlerhafte Angaben der Anmeldung zu verbessern, Zweifelhaftes aufzuklären, ihre abweichende Rechtsansicht zu äußern, Beweisanträge zu stellen usw., und erst auf Grund dieses Verfahrens kann die Untersagung nach § 13, Abs. 2, erfolgen.

Ist die Nichtigerklärung erfolgt, so ist damit festgestellt, daß der Akt von vorneherein ein mangelhafter, unzulässiger war. Daher muß die Nichtigerklärung ex tunc wirken, so weit nicht das Gesetz das Gegenteil anordnet. Denn hat sich der Gesetzgeber einmal entschlossen, den Grundsatz der Rechtssicherheit preiszugeben, um die Folgen einer Rechtsverletzung wieder gut zu machen, so muß man im Zweifel annehmen, daß er die Wirkungen dieser Rechtsverletzung gänzlich, auch nach rückwärts hin, beseitigen wollte. Doch finden sich im Verwaltungsrechte häufig Fälle von Nichtigerklärungen mit Wirkung ex nunc[176]). In diesen Fällen tritt wieder jene Rückwirkung gegenüber der Zukunft auf, welche bereits oben S. 166 unter den Wirkungen der Wiederaufnahme besprochen wurde. Wirkt die Nichtigerklärung ex tunc, so ist der Erfolg praktisch derselbe, wie in jenen Fällen der absoluten Nichtigkeit, in welchen eine Feststellung der Nichtigkeit durch Entscheidung tatsächlich erfolgte. Daher wird in der Praxis absolute Nichtigkeit und Ungültigkeit häufig durcheinandergemengt. Wirkt aber die Nichtigerklärung ex nunc, so wird sie oft mit der Reszission auf Grund

[176]) z. B. Menzel, Die Arbeiterversicherung nach öst. Rechte, 177.

der Wiederaufnahme verwechselt. So wird z. B. gegen die nach § 146, Abs. 4, erfolgte Nichtigerklärung eines Gewerbescheines oder einer Konzession regelmäßig von den Parteienvertretern eingewendet, daß die Voraussetzungen der Zurücknahme (§ 57, Abs. 1) nicht vorliegen[177]).

Das österreichische Gewerberecht enthält keine Bestimmung darüber, ob die Nichtigerklärung ex nunc oder ex tunc wirke, wie es ja überhaupt die Ungültigkeit nicht regelt. Daher wirkt die Nichtigerklärung grundsätzlich zurück. Für diese Lösung der Frage gibt das Gesetz übrigens doch in einem Falle einen wichtigen Fingerzeig. Es steht zweifellos fest, daß die Ausübung eines angemeldeten Betriebes bis zur Untersagung nach § 13, Abs. 2, zulässig und befugt ist (§ 11). Vorausgesetzt ist aber, daß der Anmeldende „durch die vorangehenden Bestimmungen des zweiten Hauptstückes nicht ausgeschlossen erscheint". Wäre das letztere der Fall, so dürfte die Behörde zwar, abgesehen von den Fällen absoluter Nichtigkeit, den Betrieb ohne eine vorhergehende Prüfung nicht untersagen, aber der Anmeldende wäre doch nach § 11 nicht zum Betrieb berechtigt, ja er wäre sogar wegen Übertretung einer Vorschrift der Gewerbeordnung strafbar (§ 131). Wird durch die Entscheidung nach § 13 die Ungültigkeit der Anmeldung festgestellt, so zeigt sich, daß er zum Betrieb nicht berechtigt war, daß er eine Vorschrift der Gewerbeordnung verletzt hat. Der Betrieb war von vornherein unbefugt. Wer also ein Gewerbe auf Grund der Anmeldung betreibt, ohne die Erteilung des Gewerbescheines abzuwarten, der handelt auf eigene Gefahr. Es steht ihm ja frei, den Betrieb erst zu beginnen, wenn er den Gewerbeschein in Händen hat. Nur diese Auffassung kann den Intentionen des Gesetzes gerecht werden. Anderenfalls könnte jeder Unfähige das Gewerbe so lange betreiben, bis es ihm untersagt wird, ohne etwas anderes fürchten zu müssen, als daß es ihm eben eingestellt wird.

Ist der Gewerbeschein erteilt, so schützt auch den Unfähigen die Rechtskraft der Entscheidung. Dies ist nur billig, denn der Gewerbsmann soll auf die behördliche Urkunde vertrauen dürfen. Er soll beruhigt Kapitalsinvestitionen vornehmen, Lieferungsverträge abschließen können usw., ohne daß ihn morgen die geänderte Rechtsanschauung der Behörde um seinen Erwerb

[177]) So im V. G. H. v. 12. Juni 1902, Z. 5288, B. 1124 A, v. 10. Sept. 1904, Z. 9380, B. 2845 A, v. 2. Dez. 1904, Z. 12776. B. 3119 A, v. 3. Febr. 1905, Z. 1196, B. 3284 A, und vielen anderen.

bringt. Vor der Erteilung des Gewerbescheines ist dies anders. Da muß er damit rechnen, daß die Behörde anderer Rechtsanschauung ist, als er. Das Gesetz gewährt ihm nur die Erleichterung, daß er mit der Betriebseröffnung nicht auf die behördliche Entscheidung zu warten braucht, es kann aber nicht den gesetzwidrigen Betrieb, wenn auch nur zeitweise, ebenso zulassen, wie den gesetzmäßigen. Die Untersagung nach § 13 wirkt also zurück.

Die anderen Fälle der Nichtigerklärung sind im Gesetze nicht einmal erwähnt. Nach dem früher Ausgeführten kann aber kein Zweifel herrschen, daß die Nichtigerklärung immer ex tunc wirkt. Daher ist der Betrieb auf Grund eines ungültigen Gewerbescheines oder einer ungültigen Konzession nach rückwärts hin als unbefugt, der Betrieb trotz einer erfolgten, aber ungültigen Entziehung, Zurücknahme oder Nichtigerklärung als befugt zu betrachten, sobald die Ungültigkeit feststeht.

Noch eines ist zu bemerken. Die Nichtigerklärung wird in der Praxis meist auf § 146, Abs. 4 (vor der Novelle von 1907, § 146, Abs. 2), gestützt. Dies ist insoferne gerechtfertigt, als die Oberbehörde auf Grund dieses Paragraphen s e l b s t in der Sache entscheiden kann. Existierte diese Bestimmung nicht, so müßte die Oberbehörde allemal, wenn sie einen Ungültigkeitsgrund wahrnimmt, das Verfahren an die funktionell zuständige Instanz zurückleiten. Damit ist aber auch der Inhalt des § 146, Abs. 4, erschöpft. Denn die Bestimmung, daß die Oberbehörde „von Amts wegen einzuschreiten hat", gibt, wie bereits einmal erwähnt, keine Norm über den Inhalt dessen, was sie zu veranlassen hat. Es kann also auch keine Ermächtigung darin enthalten sein, gegen die Rechtskraft einer Entscheidung der unteren Instanz zu verstoßen. Die Oberbehörde darf also eine Entscheidung oder eine auf einer Entscheidung beruhende Verfügung nur dann kassieren oder reformieren, wenn die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Ungültigkeit gegeben sind. Dies übersieht die Praxis regelmäßig. Sie sucht in dem „Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses" eine b e s o n d e r e materiellrechtliche Voraussetzung und müht sich mit der Frage ab, inwieweit dieselbe über die Voraussetzungen des § 57, Abs. 1, hinausgeht, während die materiellrechtliche Fundierung der Nichtigerklärung doch n u r in den verletzten Normen und nicht im § 146 gelegen ist. Zahlreiche Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes, die aufzu-

zählen wohl überflüssig ist, sprechen den Grundsatz aus, daß die Oberbehörde nach § 146 gerade in jenen Fällen ein Gewerberecht zurücknehmen oder annullieren kann, in welchen die Voraussetzungen des § 57 nicht erfüllt sind. Wäre der dieser Begründung zugrunde liegende Gedankengang richtig, so wäre eine Nichtigerklärung nur in jenen Fällen[178]), aber auch in allen jenen Fällen zulässig, welche materiell unter § 146, Abs. 4, fallen, also bei allen „gesetzlichen Mängeln". Dann gäbe es keine Rechtskraft und keine Rechtssicherheit. § 57 und die Normen über die Entziehung wären überflüssig, denn die Oberbehörde könnte den Betrieb ohne weitere Schranke untersagen, sobald er nach ihrer Ansicht irgendeiner gesetzlichen Norm nicht mehr entspricht.

Wäre ferner jene Praxis richtig, so müßte die Behörde erster Instanz zur Ungültigerklärung inkompetent sein; denn § 57 spricht nur von der Zurücknahme, und § 146 nur von der Oberbehörde. Nun kann man aber doch wohl eine Verwaltungsbehörde ohne ausdrückliche gesetzliche Norm nicht für unzuständig erklären, über die Gültigkeit ihrer eigenen Entscheidungen zu erkennen[179]), da sie doch auch über deren Rechtskraft und Zurücknahme zu entscheiden hat. § 146, Abs. 4, a contrario darf nicht zur Begründung der Inkompetenz der Unterbehörde herangezogen werden. Denn ob er mehr als die besprochene Kompetenzbestimmung enthält, soll ja erst bewiesen werden.

Endlich ergibt sich aus jener Praxis noch eine dritte Konsequenz, die wohl besser vermieden würde. Dadurch, daß Zurücknahme und Nichtigerklärung unterschiedslos auf § 146 gestützt werden, findet eine fortwährende Verwechslung beider Begriffe statt. Insbesondere wird die Nichtigerklärung nach § 146 in der Praxis häufig mit der Begründung angefochten, daß der gesetz-

---

[178]) Diese eine Konsequenz zieht V. G. H. v. 14. Okt. 1891, Z. 3232, B. 6172, indem er Nichtigkeitserklärung nach § 146 wegen Nichthörung der Gemeinde für unzulässig erklärt, weil gesetzliche Mängel im Sinne des § 146 nur persönliche Eigenschaften seien. Die richtige Begründung wäre m. E. gewesen, daß die Ungültigkeit in diesem Falle nur eine relative sei, welche nur von der Gemeinde geltend gemacht werden könne.

Auch V. G. H. v. 16. Okt. 1890, Z. 3132, B. 5497, läßt Aufhebung nach § 146 nur wegen Mangels persönlicher Eigenschaften zu, usw.

[179]) Vgl. auch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 305, und Menzel, Die Arbeiterversicherung nach öst. Rechte, 177.

liche Mangel bereits ursprünglich der Behörde bekannt gewesen sei[180]). Schon aus diesem Grunde ist es nicht zweckmäßig, zu sagen, daß die Oberbehörde nach § 146 kassieren oder reformieren kann ohne Unterschied, ob der Mangel ursprünglich vorhanden war oder nachträglich entstanden ist[181]). Gewiß ist dies richtig. Aber zurückgenommen wird nach § 57, nichtig erklärt aus dem Geiste der verletzten Norm, kompetent ist die zur ursprünglichen Entscheidung berufene Behörde. Nur kann außerdem die Oberbehörde nach § 146, Abs. 4, auch kassieren und sogar in der Sache selbst entscheiden.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Ausübung der natürlichen Handlungsfreiheit ist entweder erlaubt, oder verboten, oder vom freien Ermessen der Behörde abhängig, prekär. Erlaubt ist nicht nur alles, was das positive Recht ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, sondern auch jede Tätigkeit, welche von Rechtsvorschriften nicht betroffen wird. Die Sphäre des Erlaubten ist die rechtliche Freiheitssphäre des Individuums. Sie wird von der Rechtsordnung entweder bloß durch den Reflex objektiver Normen oder durch Gewährung eines subjektiven Rechtes garantiert. Letzteres ist dann der Fall, wenn das individuelle Interesse durch eine Willensmacht über die vollziehende Gewalt geschützt ist. Diese Willensmacht ist — gesetzliches Gebundensein der Behörde vorausgesetzt — schon dann gegeben, wenn dem einzelnen Parteienrechte zur Geltendmachung seines Interesses eingeräumt sind. Erst wenn das positive Recht die Parteilegitimation nicht ausdrücklich regelt, wenn also das formelle Merkmal des subjektiver Rechtes versagt, ist das materielle Merkmal, die Intensität des von der Rechtsordnung anerkannten Interesses, für die Frage entscheidend, ob subjektives Recht oder der Reflex objektiver Normen vorliege.

Nach österreichischem Rechte treffen die genannten Merkmale bezüglich der von den Gewerbegesetzen erlaubten gewerb-

---

[180]) Vgl. die oben in Anm. 177 zitierten Entscheidungen des V. G. H.

[181]) Wie z. B. V. G. H. v. 8. Okt. 1897, Z. 5173, B. 11023, ausführt.

lichen Tätigkeit zu. Daher ist die Befugnis zum Gewerbebetrieb ein subjektives Recht. Dieses knüpft sich an die Person des Inhabers, d. h. desjenigen, der in der Anmeldung oder in der Konzession als solcher genannt ist, bei Realgewerben des Eigentümers. Hingegen sind der Stellvertreter und der Pächter nicht Subjekte dieses Rechtes. Denn Parteienrechte sind ihnen nicht ausdrücklich gewährt und ihr Interesse ist vom geltenden Rechte nicht als intensiv genug anerkannt, als daß man ihnen Parteienrechte und damit ein subjektives Recht zum Gewerbebetrieb zusprechen dürfte.

Der Inhaber muß die allgemeine Rechtsfähigkeit besitzen. Überdies wird zum Erwerb des Rechtes, ein Gewerbe zu betreiben, eine besondere „Erwerbsfähigkeit" gefordert, welche im 2. Hauptstück der Gewerbeordnung eine ausführliche Regelung gefunden hat. Diese Erwerbsfähigkeit allein erzeugt jedoch jenes Recht noch nicht, dasselbe ist vielmehr an besondere Begründungsakte (Anmeldung, Konzession, derivativer Erwerb) geknüpft. Verlust der Rechtsfähigkeit hat Verlust des Rechtes zum Gewerbebetrieb zur Folge, nachträglicher Verlust der Erwerbsfähigkeit als solcher ist irrelevant. Neben diesen beiden Eigenschaften ist noch eine weitere für den persönlichen Betrieb erforderlich, die „gewerberechtliche Handlungsfähigkeit". Der Inhaber, der sie nicht besitzt, kann das Gewerbe nur durch einen geeigneten Stellvertreter oder Pächter betreiben. Die gewerberechtliche Handlungsfähigkeit ist in der Gewerbeordnung nur teilweise geregelt; im übrigen gilt der Grundsatz, der auch sonst im Gewerberecht Anwendung findet: in dubio pro libertate.

Das Recht zum Gewerbebetrieb richtet sich nur gegen die vollziehende Gewalt, nicht auch gegen Dritte. Es hat zum Inhalte die Nichtverletzung einer Freiheitssphäre durch den verwaltenden Staat, also ein non facere der Behörde. Die Behörde muß sich nämlich aller Eingriffe in die gewerbliche Tätigkeit enthalten, welche bei Begründung des subjektiven Gewerberechtes bereits in Erwägung kamen oder zu kommen hatten. Die Beurteilung, ob in einem Punkte die Anerkennung oder die Verweigerung der gewerblichen Freiheit zweckmäßig ist, hat entweder der Gesetzgeber vor Erlassung des Gesetzes selbst vorgenommen, oder er stellt sie der Behörde anheim, indem er derselben freies Ermessen einräumt, das Recht zu verleihen oder nicht. Diese Beurteilung der Zweckmäßigkeit darf nun gegen den Berechtigten kein zweitesmal vorgenommen

werden. Jeder Eingriff ist unstatthaft, dessen Zweck identisch ist mit jenem einer Norm oder einer Erwägung des freien Ermessens, welche bei Begründung des vorliegenden Rechtes bereits Anwendung gefunden hat oder zu finden hatte (Grundsatz der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung).

Die Grundlage des subjektiven Rechtes ist eine Selbstbeschränkung des Staates, nämlich die Bindung der vollziehenden Gewalt an den Grundsatz der Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung. Diese Bindung erlischt nur aus den vom objektiven Rechte normierten Gründen. Trotzdem wäre die Freiheit der gewerblichen Tätigkeit durch das subjektive Recht allein nicht hinreichend geschützt. Denn dieselbe Behörde, welche als Richter entscheidet, ob die Voraussetzungen der Rechtsbegründung oder Rechtsvernichtung gegeben sind, vertritt gleichsam als Partei gegen den Gewerbetreibenden die öffentlichen Interessen, wo sie mit dessen Interessen in Kollision geraten. Es liegt daher die Gefahr nahe, daß die Behörde auch im Gebiete ihres gesetzlichen Gebundenseins Parteiinteressen vertritt, indem sie die jeweils in Betracht kommenden Normen so deutet, wie es ihr augenblicklich im öffentlichen Interesse gelegen scheint, indem sie z. B. eine Konzession, die sie gestern wegen Verläßlichkeit verliehen hat, heute wegen Unverläßlichkeit entzieht, ohne daß sich in den Tatsachen etwas geändert hat. Soll die Rechtssicherheit, eines der höchsten und wichtigsten Rechtsgüter, nicht untergraben werden, so ist noch eine zweite Selbstbeschränkung des Staates nötig, nämlich die Bindung der vollziehenden Gewalt an ihre eigenen Entscheidungen: materielle Rechtskraft. Erst diese bringt die Freiheit des Individuums gegenüber dem verwaltenden Staat zur vollen Entfaltung. Dennoch gewährt sie als solche kein subjektives Recht. Sie wirkt nur vermöge Reflexes für oder gegen das individuelle Interesse, lediglich im öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit und der Prozeßökonomie. Nichtsdestoweniger ist die Rechtskraft für das subjektive Recht von der höchsten Bedeutung. Denn sie legt die Voraussetzungen des subjektiven Rechtes unbestreitbar, dauernd und bindend fest, und nur in den bestimmten Fällen der Wiederaufnahme und der Nichtigkeit wird diese Bindung aufgehoben.

Verzeichnis der zitierten Gesetzesstellen.

1. Normen aus der vorkonstitutionellen Zeit.

Hofdekret vom 15./3. 1784, S. 131, Anm. 99.
Hofdekret vom 12./7. 1793, S. 132, Anm. 102, 104.
Hofdekret vom 20./2. 1795, S. 131, Anm. 101; S. 132 ff.
Hofkanzleidekret vom 8./9. 1799, S. 132, Anm. 102; S. 133.
Hofdekret vom 7./4. 1802, S. 132, Anm. 102; S. 133, Anm. 108 und 109.
Hofdekret vom 9./8. 1810, S. 131, Anm. 99.
Hofdekret vom 20./7. 1820, S. 131, Anm. 99.
Hofkanzleidekret vom 11./12. 1828, S. 132, Anm. 103.
Hofkanzleidekret vom 23./9. 1835, S. 59.
Hofkanzleidekret vom 4./1. 1842, S. 133, Anm. 109.
Hofdekret vom 6./7. 1843, S. 133.

2. Kundmachungspatent zur Gewerbeordnung.

Art. IV, S. 111, 139.
Art. VII, S. 48, 49, 107, 131, Anm. 99, 132.

3. Gewerbeordnung.

§ 1, S. 41, 60, 61, 76, 78, 107, 152.
§ 2, S. 38, 39, Anm. 9, 48 ff., 52, 75, 78, 109, 117, 118, 119, 171.
§ 3, S. 42 ff., 48, 49, 50 ff., 75, 109, 117, 118, 119, 142, 143, 171.
§ 4, S. 48, 49, 57 ff., 75, 78, 109, 171.
§ 5, S. 7, 41, 48, 49, 53 ff., 74, 76, 109, 114, 141, 171, 172.
§ 6, S. 41, Anm. 18, 48, 49, 53 ff., 76, 109, 137, 141, 171.
§ 7, S. 48, 49, 109, 171.
§ 8, S. 42, 48, 49, 109, 171.
§ 9, S. 49, 109.
§ 10, S. 48, 49, 109, 171.
§ 11, S. 33, 44, 48, 49, 58, 102, 108 ff., 117, 194.
§ 12, S. 39, Anm. 9, 49, 105, 117 ff.
§ 13, S. 33, 49, 58, 74, 106, Anm. 73, 110 ff., 148, 159, 180, 191, 193, 194, 195.
§ 13a), S. 45, 48, 60, 70, 71, 108, 144.
§ 14, S. 48, 49, 60 ff., 171.
§ 14a), S. 63, 64.
§ 14b), S. 63, 64, 66, 67.
§ 14c), S. 63, 68, 69, 70, 73.
§ 14d), S. 64, 65, 69, 70, 79, 173, 187.
§ 14e), S. 41, Anm. 17, 45, 46, 47, 65, 72, 144.
§ 14f), S. 70, 71.
§ 15, S. 123.
§ 18, S. 49, 74, 99, 148, 149.
§ 19, S. 39, Anm. 9, 49, 60, 76, 95.
§ 20, S. 48, 99.
§ 21, S. 49.
§ 21a), S. 48, 143.
§ 21c), S. 52, 76.
§ 21d), S. 53, 95.
§ 21e), S. 126, Anm. 69.
§ 22, S. 33, 49, 120, 125 ff.
§ 23, S. 11, 48, 50, 60, 71, 72, 73, 74, 79, 123 ff., 171.
§ 23a), S. 45, 46, 72, 73, 74, 144.
§ 24, S. 41, 48, 60, 71, 72, 76, 143.
§ 25, S. 7, 90, 93, 105, 107.
§ 26, S. 42, 90.
§ 27, S. 182.
§ 29, S. 99.
§ 32, S. 111, Anm. 11.

§ 34, S. 99, 182.
§ 36, S. 99, 100, 110, 111, 112, 115.
§ 37, S. 81, Anm. 2, 100.
§ 38, S. 60, 70, 81, Anm. 2, 112.
§ 38a), S. 81, Anm. 2.
§ 39, S. 48, 105, 106.
§ 42, S. 102.
§ 43, S. 70, 105, 106.
§ 46, S. 98.
§ 51, S. 7.
§ 54, S. 94, 95, 106, Anm. 73, 140.
§ 55, S. 35, 37, Anm. 1, 39, 46, 51, 75, 77 ff., 104.
§ 56, S. 38, 39, Anm. 9, S. 44, 45, 49, 52, 79, 104, 128 ff., 135.
§ 57, S. 16, Anm. 58, S. 33, 52, 56, 60, 116, 142, 143, 164, 167, 168 ff., 194, 195, 196, 197.
§ 60, S. 187.
§ 74, S. 89.
§ 91, S. 39, Anm. 9.
§ 97, S. 61.
§ 98, S. 57.
§ 99, S. 61, 62.
§ 99b), S. 62.
§ 104, S. 64, 66, 70, 71.
§ 104b), S. 63.
§ 104c), S. 63.
§ 104d), S. 66.
§ 106, S. 39.
§ 107, S. 39, 119.
§ 127, S. 14, Anm. 48 u. 49, S. 68.
§ 131, S. 97, 194.
§ 132, S. 40, 110, 112, 116.
§ 133a), S. 130.
§ 133b), S. 77, 97, 116, 130, 139 ff., 144, 153, 187.
§ 137, S. 35, 40, 56, 75, 95.
§ 139, S. 39, Anm. 9, 41, 54, 55, 74, 76, 97, 130, 138, 141 ff., 144, 188.
§ 141, S. 33, 116, 125.
§ 142, S. 125.
§ 143, S. 125.
§ 144, S. 27, 110, 112, 114, Anm. 22, 116 ff., 119, 120, 125 ff., 135, 136, 189, 191.
§ 146, S. 33, 126, 148, 149, 171, 172, 179, 180, 182, 194, 195 ff.
§ 152, S. 16, 33, 114, 138.

4. Anderweitige Gesetze und Verordnungen.

A. B. G. B. § 6, S. 8.
A. B. G. B. § 26, S. 42.
A. B. G. B. § 33, S. 42.
A. B. G. B. § 252, S. 51, 52.
A. B. G. B. § 373, S. 10.
A. B. G. B. §§ 426—428, S. 133.
A. B. G. B. § 451, S. 133.
A. B. G. B. § 1103, S. 38.
A. B. G. B. § 1325, S. 10.
Vdg. v. 10./9. 1849, S. 112.
St. G. § 1, S. 10.
St. G. § 81, S. 174.
St. G. § 240, S. 138.
St. G. § 242, S. 138.
St. G. § 243, S. 137, 138.
St. G. § 314, S. 174.
St. G. § 482, S. 139.
Vdg. v. 20./4. 1854, R. G. B. Nr. 96, S. 140.
Ges. v. 15./11. 1867, R. G. B. Nr. 131, § 6, S. 54 ff., 141.
Staatsgrundges. v. 21./12. 1867, R. G. B. Nr. 142, Art. 6, S. 22.
Ges. v. 10./6. 1869, R. G. B. Nr. 113 § 1, S. 58.
Ges. v. 30./4. 1870, R. G. B. Nr. 68, § 3, S. 89, 90.
Ges. v. 4./4. 1875, R. G. B. Nr. 68, Art. 69, S. 57.
Ges. v. 22./10. 1875, R. G. B. Nr. 36, § 2, S. 28, 30, 36.
Ges. v. 22./10. 1875, R. G. B. Nr. 36, § 3, S. 15, 16, 21.
Ges. v. 22./10. 1875, R. G. B. Nr. 36, § 6, S. 15.
Ges. v. 22./10. 1875, R. G. B. Nr. 36, § 7, S. 90.
Ges. v. 22./10. 1875, R. G. B. Nr. 36, § 48, S. 139.
Ges. v. 19./7. 1877, R. G. B. Nr. 67, S. 139.
Ges. v. 17./6. 1883, R. G. B. Nr. 117, § 17, S. 59.
Vdg. v. 17./9. 1883, R. G. B. Nr. 148, S. 78.
Ges. v. 23./3. 1885, R. G. B. Nr. 48, § 1, S. 50.

Ges. v. 23./3. 1885, R. G. B. Nr. 48, § 2, S. 52, 76.
Ges. v. 26./12. 1893, R. G. B. Nr. 193, §§ 9—13, S. 73.
Ges. v. 26./12. 1893, R. G. B. Nr. 193, § 14, S. 179.
Ges. v. 26./12. 1893, R. G. B. Nr. 193, § 15, S. 41, Anm. 17.
Ges. v. 26./12. 1893, R. G. B. Nr. 193, § 16, S. 141.
Ges. v. 16./1. 1896, R. G. B. Nr 89 ex 1897, § 19, S. 139.
Ges. v. 12./5. 1896, R. G. B. Nr. 101, § 3, S. 33.
Vdg. v. 26./7. 1907, R. G. B. Nr. 180, S. 65, Anm. 88.
Vdg. v. 27./7. 1907, R. G. B. Nr. 193, S. 63, Anm. 76.
Vdg. v. 2./8. 1907, R. G. B. Nr. 194, S. 64, Anm. 85.
Vdg. v. 6./8. 1907, R. G. B. Nr. 196, S. 71, Anm. 110.
Vdg. v. 13./8. 1907, R. G. B. Nr. 198, S. 71, Anm. 108.

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen und Erlässe.

1. Des Verwaltungsgerichtshofes.

13./12. 1878, Z. 1892, S. 165, Anm. 99.
4./12. 1879, Z. 2145, S. 121, Anm. 45.
26./2. 1880, Z. 397, S. 54, Anm. 54.
21./1. 1881, Z. 104, S. 105, Anm. 70.
13./6. 1883, Z. 1234, S. 90, Anm. 16.
14./11. 1883, Z. 2246, S. 35, Anm. 149.
19./3. 1884, Z. 482, S. 127, Anm. 75.
25./6. 1884, Z. 1184, S. 42, Anm. 20.
20./2. 1885, Z. 483, S. 116, Anm. 27.
11./3. 1885, Z. 669, S. 121, Anm. 46.
10./5. 1886, Z. 1169, S. 139, Anm. 21 a).
25./6. 1886, Z. 1418, S. 106, Anm. 73.
20./9. 1886, Z. 1988, S. 139, Anm. 21 a).
23./9. 1886, Z. 2415, S. 113, Anm. 15.
23./5. 1887, Z. 1435, S. 123, Anm. 50.
30./6. 1887, Z. 1860, S. 127, Anm. 75.
19./9. 1887, Z. 2153, S. 139. Anm. 21 a).
28./3. 1888, Z. 1071, S. 99, Anm. 38.
12./6. 1888, Z. 2321, S. 158, Anm. 72.
21./6. 1888, Z. 2068, S. 100.
11./10. 1888, Z. 3138, S. 42, Anm. 20; S. 127, Anm. 74.
1./5. 1889, Z. 1616, S. 139, Anm. 21 a).
27./12. 1889, Z. 4286, S. 123, Anm. 52.
5./3. 1890. Z. 706, S. 132, Anm. 102.
16./10. 1890, Z. 3132, S. 172, Anm. 115; S. 184, Anm. 150; S. 196, Anm. 178.
24./4. 1891, Z. 1500, S. 90, Anm. 17.
30./5. 1891, Z. 1933, S. 181, Anm. 142.
4./6. 1891, Z. 2001, S. 123, Anm. 52.
4./6. 1891, Z. 2002, S. 123, Anm. 52.
2./10. 1891, Z. 3117, S. 93.
14./10. 1891, Z. 3232, S. 127, Anm. 75 u. 78; S. 172, Anm. 115; S. 184, Anm. 151; S. 196, Anm. 178.
23./4. 1892, Z. 2443, S. 40, Anm. 10 u. 13.
25./5. 1892, Z. 1726, S. 105, Anm. 70.
2./7. 1892, Z. 2154, S. 132, Anm. 102.
4./11. 1892, Z. 3080, S. 42, Anm. 20; S. 186, Anm. 157.
18./10. 1893, Z. 3448, S. 33, Anm. 146; S. 142, Anm. 26.
29./11. 1893, Z. 3994, S. 123, Anm. 52; S. 135, Anm. 5.
29./11. 1893, Z. 3995, S. 142, Anm. 28.
6./4. 1894, Z. 1395, S. 35, Anm. 149; S. 40, Anm. 10.
30./5. 1894, Z. 2066, S. 96, Anm. 33; S. 104, Anm. 66.
26./9. 1894, Z. 3526, S. 64, Anm. 83.
5./10. 1894, Z. 3610, S. 35, Anm. 150.
29./12. 1894, Z. 5091, S. 142, Anm. 27.
9./2. 1895, Z. 689, S. 61, Anm. 73.
11./7. 1895, Z. 3474, S. 99, Anm. 40.
18./10. 1895, Z. 4883, S. 127, Anm. 75.
26./10. 1895, Z. 5045, S 132, Anm. 102 und 105.
22./11. 1895, Z. 5427, S. 99, Anm. 40.
6./12. 1895, Z. 5728, S. 172, Anm. 117.
17./4. 1896, Z. 1748, S. 110, Anm. 7; S. 113, Anm. 16.
24./4. 1896, Z. 2550, S. 64, Anm. 83.
5./7. 1896, Z. 7800, S. 119, Anm. 41.
10./10. 1896, Z. 5386, S. 120, Anm. 42; S. 128, Anm. 79.

8./1. 1897, Z. 109, S. 38.
29./1. 1897, Z. 613, S. 106, Anm. 74.
17./3. 1897, Z. 961, S. 182, Anm. 144.
1./5. 1897, Z. 2492, S. 153, Anm. 47.
8./10. 1897, Z. 5173, S. 177, Anm. 161; S. 197, Anm. 181.
6./4. 1898, Z. 1822, S. 38, Anm. 5; S. 40, Anm. 10.
28./4. 1898, Z. 2278, S. 61, Anm. 72; S. 62, Anm. 74.
17./6. 1898, Z. 3256, S. 127, Anm. 77.
29./9. 1898, Z. 5109, S. 163, Anm. 91; S. 171, Anm. 114.
17./11. 1898, Z. 6091, S. 38, Anm. 5; S. 44, Anm. 31.
14./12. 1898, Z. 6935, S. 113, Anm. 17; S. 116, Anm. 26; S. 169, Anm. 109; S. 182, Anm. 145.
12./1. 1899, Z. 277, S. 120, Anm. 43; S. 121, Anm. 46; S. 180, Anm. 137.
9./2. 1899, Z. 933, S. 170, Anm. 110.
24./3. 1899, Z. 956, S. 42, Anm. 20.
29./4. 1899, Z. 2890, S. 95, Anm. 27.
9./5. 1899, Z. 3283, S. 153, Anm. 46.
5./7. 1899, Z. 5547, S. 170, Anm. 110.
30./9. 1899, Z. 7872, S. 128, Anm. 82.
24./10. 1899, Z. 8393, S. 53, Anm. 52.
22./12. 1899, Z. 10.297, S. 55, Anm. 56.
3./3. 1900, Z. 1418, S. 106, Anm. 74.
3./4. 1900, Z. 2374, S. 113, Anm. 15; S. 120, Anm. 43; S. 136, Anm. 10.
27./4. 1900, Z. 2962, S. 106, Anm. 74.
10./9. 1900, Z. 6747 ex 99, S. 34, Anmerkung 147.
10./9. 1900, Z. 6749 ex 99, S. 34, Anmerkung 147.
8./11. 1900, Z. 7562, S. 116, Anm. 24; S. 117, Anm. 28; S. 118, Anm. 34.
17./11. 1900, Z. 7802, S. 104, Anm. 65.
21./11. 1900, Z. 8005, S. 64, Anm. 83.
14./12. 1900, Z. 7610, S. 59, Anm. 68.
20./3. 1901, Z. 2141, S. 111, Anm. 12.
28./3. 1901, Z. 2394, S. 34, Anm. 147; S. 126, Anm. 67.
24./4. 1901, Z. 3216, S. 106, Anm. 73.
24./4. 1901, Z. 3221, S. 106, Anm. 73.
24./4. 1901, Z. 3222, S. 106, Anm. 73.
25./4. 1901, Z. 3255, S. 22, Anm. 93.
8./6. 1901, Z. 4529, S. 94, Anm. 26.
6./7. 1901, Z. 5349, S. 43, Anm. 25.
24./10. 1901, Z. 7870, S. 39, Anm. 6; S. 40, Anm. 10.
28./12. 1901, Z. 9457, S. 182, Anm. 143; S. 187, Anm. 161.
22./2. 1902, Z. 1772, S. 38, 39, Anm. 6.
3./6. 1902, Z. 5024, S. 142, Anm. 24.
12./6. 1902, Z. 5288, S. 186, Anm. 160; S. 187, Anm. 163; S. 194, Anm. 177.
2./7. 1902, Z. 6085, S. 67, Anm. 99.
18./12. 1902, Z. 10.943, S. 32, Anm. 143.
12./1. 1903, Z. 6642, S. 42, Anm. 24.
19./2. 1903, Z. 2062, S. 67, Anm. 98.
12./6. 1903, Z. 6642, S. 131, Anm. 97; S. 135, Anm. 2.
13./6. 1903, Z. 6657, S. 43, Anm. 27.
11./7. 1903, Z. 7745, S. 43, Anm. 25.
11./7. 1903, Z. 7757, S. 43, Anm. 25.
21./10. 1903, Z. 10595, S. 98, Anm. 37; S. 99, Anm. 41; S. 113, Anm. 15.
18./11. 1903, Z. 11901, S. 123, Anm. 53.
26./11. 1903, Z. 12201, S. 33, Anm. 145; S. 127, Anm. 71.
13./4. 1904, Z. 3778, S. 132, Anm. 102 u. 105.
15./6. 1904, Z. 6442, S. 113, Anm. 15.
30./6. 1904, Z. 7090, S. 94, Anm. 26.
10./9. 1904, Z. 9380, S. 48, Anm. 41; S. 186, Anm. 158; S. 194, Anm. 177.
14./11. 1904, Z. 4633, S. 96, Anm. 33.
16./11. 1904, Z. 10781, S. 43, Anm. 24; S. 131, Anm. 97; S. 135, Anm. 2.
2./12. 1904, Z. 12776, S. 187, Anm. 161; S. 194, Anm. 177.
10./12. 1904, Z. 13075, S. 113, Anm. 15.
14./12. 1904, Z. 13282, S. 94, Anm. 26.
14./12. 1904, Z. 13283, S. 94, Anm. 26.
3./2. 1905, Z. 1196, S. 42, Anm. 20; S. 186, Anm. 157; S. 194, Anm. 177.
9./3. 1905, Z. 2579, S. 117, Anm. 30.
19./4. 1905, Z. 4378, S. 99, Anm. 38 u. 41; S. 147, Anm. 28.
2./5. 1905, Z. 4878, S. 160, Anm. 82.
20./9. 1905, Z. 10099, S. 187, Anm. 162.
22./11. 1905, Z. 12641, S. 98, Anm. 37; S. 99, Anm. 40.
25./11. 1905, Z. 12782, S. 171, Anm. 113.

28./11. 1905, Z. 12971, S. 96, Anm. 33; S. 113, Anm. 15.
18./12. 1905, Z. 12417, S. 63, Anm. 77.
8./1. 1906, Z. 24, S. 68, Anm. 100.
20./1. 1906, Z. 821, S. 67, Anm. 99.
7./2. 1906, Z. 1510, S. 38.
7./2. 1906, Z. 1511, S. 94, Anm. 26.
21./3. 1906, Z. 3295, S. 179, Anm. 137.
16./6. 1906, Z. 7023, S. 172, Anm. 115 u. 115 a).
5./7. 1906 Z. 7800, S. 48, Anm. 41; S. 126, Anm. 68.
29./9. 1906, Z. 8029, S. 63, Anm. 80.
29./9. 1906, Z. 10219, S. 66, Anm. 96; S. 68, Anm. 101.
18./10. 1906, Z. 10942, S. 123, Anm. 54.
25./10. 1906, Z. 11212, S. 99, Anm. 39.
6./12. 1906, Z. 13033, S. 28.
27./12. 1906, Z. 13843, S. 99, Anm. 40.
26./3. 1907, Z. 8036 ex 05, S. 99, Anm. 41.
10./4. 1907, Z. 3305, S. 159, Anm. 76.
27./4. 1907, Z. 3931, S. 51.
11./5. 1907, Z. 4392, S. 96, Anm. 33.
11./5. 1907, Z. 4443, S. 64, Anm. 81.
24./5. 1907, Z. 3810, S. 65, Anm. 91.
26./6. 1907, Z. 6151, S. 42, Anm. 20.

2. Des Ministeriums des Innern.

7./8. 1877, Z. 5748, S. 134, Anm. 1.
16./9. 1883, Z. 26701, S. 70, Anm. 105.
11./4. 1885, Z. 730, S. 60, Anm. 70.
21./1. 1886, Z. 19522, S. 68, Anm. 102.
12./5. 1888, Z. 6256, S. 136, Anm. 10.
1./7. 1889, Z. 13251, S. 118.
4./9. 1889, Z. 13129, S. 118.
6./10. 1889, Z. 17169, S. 119, Anm. 37.
20./11. 1889, Z. 21000, S. 184, Anm. 150.
20./5. 1891, Z. 8194, S. 53.
21./2. 1893, Z. 31340, S. 44, Anm. 28.
13./10. 1893, Z. 21518, S. 43, Anm. 25; S. 44, Anm. 28.
8./5. 1895, Z. 6958, S. 43, Anm. 24.
10./12. 1897, Z. 30.024, S. 118, Anm. 34.
27./9. 1898, Z. 31.254, S. 14, Anm. 51.
26./9. 1899, Z. 23.403, S. 95.
11./2. 1902, Z. 2468, S. 138, Anm. 20.
17./6. 1902, Z. 25.175, S. 96, Anm. 33.
9./8. 1902, Z. 32.918, S. 16, Anm. 57; S. 114, 138, 191, Anm. 174.
29./1. 1903, Z. 28.528 ex 02, S. 128 Anm. 81.
6./3. 1903, Z. 8875, S. 152, Anm. 42 a); S. 153, Anm. 44.

3. Des Handelsministeriums.

9./1. 1852, Z. 8106, S. 132, Anm. 105.
6./3. 1859, Z. 8306 ex 58, S. 134, Anm. 110.
14./10. 1876, Z. 31.212, S. 136, Anm. 9.
16./9. 1883, Z. 26.701, S. 65, Anm. 86.
22./11. 1897, Z. 16.868, S. 58.
17./6. 1899, Z. 31.844 ex 98, S. 113, 136.
31./3. 1906, Z. 26.052 ex 05, S. 67, 68, Anm. 100.
11./5. 1906, Z. 8462, S. 137, Anm. 11.
28./6. 1906, Z. 11.896, S. 130, Anm. 94.
9./11. 1906, Z. 27.641, S. 182.
30./11. 1906, Z. 18.967, S. 129, Anm. 88.
4./12. 1906, Z. 19.397, S. 129, Anm. 85.
15./3. 1907, Z. 5942, S. 61, Anm. 73; S. 70, Anm. 107; S. 136, Anm. 6.
27./7. 1907, Z. 22.105, S. 63, Anm. 76.
27./7. 1907, Z. 23.661, S. 65, Anm. 88.
13./8. 1907, Z. 24.999, S. 71, Anm. 108.

4. Des Finanzministeriums.

4./1. 1886, Z. 17.338, S. 113, 120, Anm. 43.
26./1. 1905, Z. 5465 ex 04, S. 130, Anm. 93.
26./1. 1905, Z. 38.456 ex 04, S. 113, 120, Anm. 43; S. 130, Anm. 93.

5. Der niederösterreichischen Statthalterei.

14./10. 1876, Z. 31.212, S. 137, Anm. 12.
21./3. 1881, Z. 9251, S. 43, Anm. 25.
8./3. 1884, Z. 10.756, S. 68, Anm. 102.
28./3. 1886, Z. 7051, S. 136, Anm. 10.
5./5. 1886, Z. 22.150, S. 137, Anm. 10.
18./2 1887, Z. 7488, S. 105, Anm. 72.
10./3. 1903, Z. 14.827, S. 47, Anm. 40; S. 136, Anm. 7; S. 137, Anm. 11 u. 14.

Alphabetisches Sachregister.

A.

Abgeleiteter Erwerb, siehe derivativer Erwerb.
Absolute Rechtskraft, 87 ff; s. Rechtskraft.
absolutio 145.
Abweisung 33, 115 ff., 120 ff., 126, 149, 153, 160, 186, 190.
Abweisung a limine 190, 191, 192, 193.
Administrativmaßregel, Entziehung als 141 ff.
Aktenwidrigkeit 115, 177, 184 ff.
Aktiver Widerstand 174, 192.
Anerkennung der Freiheit zum Gewerbebetrieb 27 ff., 80, 97 ff.
Anheimsagung, s. Verzicht.
Anmeldung 40, 63, 65, 68, 74, 86, 108 ff., 124, 126, 130, 148, 149, 159, 179, 180, 186, 190, 191, 193, 194, 198.
— Form derselben 116 ff.
— Inhalt derselben 117 ff.
— Voraussetzungen derselben 113 ff., 116 ff.
— Wirkung derselben 112 ff.
Anspruch auf Anerkennung, s. Anerkennung.
— auf Beseitigung der erfolgten Störung 26.
— auf freie Ausübung des Gewerbes 80 ff.
— auf Nichtstörung 26.
— auf rechtliches Gehör 31, 33.
— auf Schutz 26, 29 ff., 33 ff., 80, 97 ff.
Antritt des Gewerbes 107 ff.
— Fähigkeit zum 43 ff., 48 ff.
Anzeige 106, 130, 135 ff.
Arbeitszeugnis 66 ff., 169, Anm. 109.
Art des Gewerbes als Individualisierungsmoment 103, 105, 117, 118, 119, 140, 185,
Assoziationen, unerlaubte 42, 135, 189.
Auflage 122, 123 ff., 143.
Aufsichtsrecht 67, 68.
Ausfertigung des Gewerbescheines 115, 119, 120.
— der Konzession 127, 128.
Ausfolgung des Gewerbescheines 65, 110 ff., 144, 146, 149, 152, 153, 166, 170, 192, 194, 195.
— der Konzessionsurkunde, s. Erteilung.
Ausländer 42, 135.
Ausübung des Gewerberechtes 75 ff., 80 ff., 141, 144.
— persönliche 41, 75 ff., 95.
— des Realgewerberechtes 79, 104.
— des Realgast- und Schankgewerberechtes 104.

B.

Baugewerbe, konzessionierte 41, Anmerkung 17, 60, 73, 74, 141, 179.
Baupolizei 82 ff.
Beamte 58, 59.
Bedingte Zurücklegung 136, 137.
Bedingung 121, 123 ff., 134 ff.
— echte 135.
— unechte 135, 143.
Befähigung, s. Befähigungsnachweis, Erwerbsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Rechtsfähigkeit.
Befähigungsnachweis 50, 60 ff., 76 ff., 153, 166, 169, 170, 182, 191.
— bei Gast- und Schankgewerben 60, 73.
— bei Handelsgewerben 60, 70, 71.
— bei handwerksmäßigen Gewerben 60, 61 ff.
— bei konzessionierten Gewerben 60, 71 ff.

Befähigungsnachweis bei konzessionierten Baugewerben 60, 73, 74.
Befristung 121, 123 ff., 134 ff.
— echte 135.
— unechte 135, 143.
Beruf als Unfähigkeitsgrund 57 ff., 75.
Berufskörperschaften, Anhörung der 68, 70, 149, 169, 183.
Bescholtenheit, s. Unbescholtenheit.
Beschränkungen, s. Auflage, Bedingung, Befristung.
Beseitigung des Stellvertreters und Pächters 35, 75, 76.
Besorgnis des Mißbrauches 53 ff., 76, 130, 153, 157, 169.
Bestätigung des Arbeitszeugnisses 67.
— des Lehrzeugnisses 67.
Betriebsanlage 4, 5, 29, 92, 93, 97, 105, 107, 110, 111.
Betriebsart 80, 81, 105, 126, 140.
Betriebseröffnung 65, 109, 110.
Betriebsstätte, s. Betriebsanlage.
— feste 105 ff.
Bewilligung zur Übertragung eines Realgewerbes 106, 132, 133.
Beurkundung der Anmeldung 114, 119 ff.
Bezirksweise Abgrenzung 102.
Branntweinschenken, Sperrstunden für 94, 95.

C.

Colonia a metà-Verpachtung des Gewerbes 38, 39.
condemnatio 145.
constitutum possessorium 133.

D.

Deklarativer Teil der Entscheidung 145.
Derivativer Erwerb des Gewerberechtes 49, 89, 105, 107, 116, 127, 128 ff., 144, 198.
Deszendenten, minderjährige erbberechtigte 49, 78, 79, 80, 116, 128 ff.
Dispens von der Absolvierung der Lehrzeit 63.
Dispens vom Befähigungsnachweis bei Handelsgewerben 71.
— vom Befähigungsnachweis bei handwerksmäßigen Gewerben 70.
— vom Befähigungsnachweis bei konzessionierten Baugewerben 74.
— vom Befähigungsnachweis bei konzessionierten Gewerben 73.
— von der Schriftlichkeit der Zeugnisse 68, 69.
Disposition, s. Verfügung.

E.

Echte Bedingung und Befristung 135, 143.
Endtermin 135, 143.
Eigenberechtigung 50 ff., 126, 145, 152, 170, 191.
Einschränkung des fabriksmäßigen Betriebes 76 ff.
Einstellung des Betriebes 16, 114, 138, 191, 192, 194.
Einwendungen gegen die Konzessionserteilung 149.
Entgegennahme der Anmeldung 110, 112, 116 ff., 190.
Entscheidung 72, 114 ff., 126, 138, 145 ff., 177 ff.
Entscheidungsgründe 33, 147, 148, 149, 153 ff., 182.
Entstehung des Gewerberechtes 107 ff.
Entziehung des Gewerberechtes 35, 55, 77, 116, 130, 135, 137 ff., 144, 147, 149, 153, 164, 166, 167, 168, 179, 186, 188, 192, 195, 196.
Erbringung des Befähigungsnachweises, s. formelle Erbringung.
Erfahrungssätze 6 ff., 13, 89, 145, 152.
Erlaubte gewerbliche Tätigkeit 16, 21 ff., 80 ff.
Erlöschung des Gewerberechtes 89, 103, 134 ff., 172.
Ermessen, s. freies Ermessen, richterliches Ermessen.
Erteilung der Konzession 71 ff., 74, 120 ff., 144, 146, 149, 153, 157, 158, 160, 166, 170, 171, 188, 189, 192.

Erteilung des Gewerbescheines, s. Ausfolgung.
Erwerb des Gewerberechtes, s. Entstehung, derivativ, originär.
Erwerbsfähigkeit, gewerberechtliche 41, 43 ff., 48 ff., 76, 77, 116, 119, 129, 186, 198.
— beschränkte 50 ff.
Erwerbsunfähigkeit, vollständige 53 ff.
Etablissements dangereux, insalubres ou incommodes 4 ff.
Excès de pouvoir 19 ff., 180, Anm. 138 a), 188.
Expropriation 94.

F.

Fabriksmäßiger Betrieb 63, 71, 76 ff., 107, 152, 170.
Fachschulen, gewerbliche 63, 64, 83.
Fähigkeit, s. Erwerbsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Rechtsfähigkeit.
Feuerpolizei 82 ff., 123, 124.
Feste Betriebsstätte 105 ff.
Festsetzung der Lehrzeit 62.
Feststellung des Berechtigungsumfanges 99.
Form der Anmeldung 116 ff.
— des Gewerbescheines 119, 120.
— des Konzessionsgesuches 125 ff.
— der Konzessionsurkunde 127, 128.
— der Übertragung radizierter Realgewerbe 131.
— der Übertragung verkäuflicher Realgewerbe 133, 134.
Formelle Befugnisse als Merkmal des subjektiven Rechtes 30 ff., 33 ff.
Formelle Erbringung des Befähigungsnachweises 61, 66 ff., 71, 73, 74, 182.
Formelles Kriterium des subjektiven Rechtes 28 ff., 197.
Formelle Rechtskraft, s. Rechtskraft.
Formelle Reziprozität 42.
Frauenspersonen, Befähigungsnachweis durch... 64, 65, 69, 70.
Frauen- und Kinderkleidermachergewerbe 65, 69, 70.
Freie Gewerbe 107 ff.
Freies Ermessen 1 ff., 9 ff., 16 ff., 62, 63, 69, 70, 71, 72, 73, 84 ff., 120 ff., 145, 150, 151, 152, 155 ff., 164, 165, 168, 169, 171, 182, 190, 197, 198.
— Begriff desselben 1 ff., 9 ff.
— bei der Dispenserteilung 63, 69, 70, 71, 73.
— bei der Konzessionserteilung 72, 73, 120 ff.
— bei der Verlängerung der Lehrzeit 62.
— bei der Zurücknahme 169.
Funktionelle Zuständigkeit 172, 174, 178, 179, 180, 195.

G.

Gast- und Schankgewerbe 60, 73, 74, 76, 77, 79, 104.
Gefahr des Mißbrauches 53 ff., 76, 130, 153, 157, 169.
Gehilfe, Verwendung als 61, 63, 64, 187.
Geistliche 57, 59.
Gemeinde 67, 70, 105, 106, 149, 160.
— als Individualisierungsmoment 105, 106.
— Übersiedlung aus einer anderen 70, 105, 106.
Gemeindebehörde 67.
Gemeindevorsteher 68.
Genehmigung der Betriebsanlage, s. Betriebsanlage.
Genossenschaft 62, 63, 66, 67, 70, 72, 73, 99; s. Berufskörperschaften.
Genossenschaftsvorstehung 66, 67.
Geselle 64.
Gesellenbrief 66, 69.
Gesellenprüfung 61, 63, 66, 69.
Gesellschaften 42 ff., 65, 66, 71, 72, 73, 131, 135.
Gesetzliche Gebundenheit der Behörde 1 ff., 9 ff., 197.
Gesundheitspolizei 82 ff., 123, 124.
Gewerbefreiheit 21 ff.
Gewerbeinhaber, Begriff 37 ff., 198.
— Berechtigung 32 ff., 198.

Gewerbeinhaber, Fähigkeit 41 ff., 198.
Gewerbeinspektor 59, 75.
Gewerbepolizei 82 ff.
Gewerbepolizeiliche Regelung 94, 95.
Gewerbeschein 40, 65, 68, 74, 110 ff., 119, 120, 128, 165, 166, 180, 182, 185, 186, 187, 194, 195; s. Ausfolgung.
— Form desselben 119, 120.
— Inhalt desselben 119, 120.
— Voraussetzungen desselben 113 ff.
— Wirkung desselben 115, 116.
Gewerbsart als Individualisierungsmoment 105, 117, 118, 119, 140, 185.

H.

Handelsgewerbe 60, 70 ff., 108 ff.
Handelsmäkler 57.
Handels- und Gewerbekammer 63; s. Berufskörperschaften.
Handlungsfähigkeit, gewerberechtliche 41, 75 ff., 104, 198.
Handwerksmäßiger Betrieb 76 ff., 107, 170.
Handwerksmäßige Gewerbe 60 ff., 107 ff., 187, 191.

I.

Individualisierungsmomente des Gewerberechtes 104 ff., 160, 185, 186, 188, 189.
Inhaber, Begriff 37 ff., 198.
— Berechtigung 32 ff., 198.
— Fähigkeit 41 ff., 198.
Inhalt der Anmeldung 117 ff.
— des Gewerberechtes 26, 80 ff., 198.
— des Gewerbescheines 119, 120.
— der Konzessionsurkunde 127, 128.
— der Zeugnisse über den Befähigungsnachweis 68.
Inkorporationsgebühr 119.
Instruktionen für die Konzessionsverleihung 57 ff., 72, 73, 124, 125.
Interesse als Kriterium des subjektiven Rechtes 28, 29, 32, 34, 197.
Interessenbeschwerde 31.

J.

Juristische Person 42 ff., 50 ff., 75, 117, 135, 152, 186, 191.

K.

Kanalräumergewerbe 102.
Kehrbezirke 102.
Kleriker 57, 59.
Kohlenhandel 58, 59.
— im Umherziehen 187.
Konkursausschreibung bei der Verleihung konzessionierter Gewerbe 122.
Konkursmasse 79, 80, 128.
Konsumtion der Zweckmäßigkeitserwägung 84 ff., 199.
Konzession 40, 71 ff., 74, 120 ff., 144, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 157, 158, 159, 160, 165, 166, 170, 171, 179, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 192, 194, 195, 199.
— Voraussetzungen derselben 120 ff., 127.
— Wirkung derselben 120 ff.
Konzessionierte Gewerbe 60, 71 ff., 74, 103, 107, 108, 120 ff.
Konzessionserteilung, s. Erteilung.
— Recht auf 125.
Konzessionsgesuch 74, 125 ff., 159, 160, 186, 190, 191.
— Form desselben 125, 126.
— Inhalt desselben 126.
— Voraussetzungen desselben 125, 126.
— Wirkungen desselben 126, 127.
Konzessionsüberschreibung 127.
Konzessionsüberschreitung 123.
Konzessionsurkunde 40, 120, 127, 128, 148.
Kriterien des subjektiven öffentlichen Rechtes 28 ff., 125.
Kumulationsverbote 60, 76.

L.

Lehrbrief 71.
Lehrling 61 ff., 70 ff.
Lehrzeit 62, 71, 145.
Lehrzeugnis 66 ff., 169, Anm. 109.

Leitung des Betriebes 96.
Lokalbedarf 65, 125, 126, 153, 158, 159, 160, 171, 187.
Lokalverhältnisse 125.

M.

Mangelhaftes Verfahren 33, 34, 146 ff., 162, 177, 181 ff., 190.
Materielle Befähigung 61 ff.
Materielles Kriterium des subjektiven Rechtes 32, 34, 197.
Materielle Rechtskraft, s. Rechtskraft.
— Rechtswidrigkeit 177, 184 ff.
Militärpflicht 119.
Mißbrauch, Besorgnis des Mißbrauches 53 ff., 76, 130, 153, 157, 169.

N.

Nichtausübung, Erlöschung von Realgewerben durch 104, 144.
Nichtigerklärung 56, 134, 149, 166, 176 ff., 192 ff.
Nichtigkeit 40, 48, 70, 138, 161, 163, 166, 171, 173 ff., 199.
Nichtigkeit, absolute 48, 166, 174 ff.
— — Wirkungen derselben 174, 175, 191, 192.
— relative 70, 175, 176, 183, 184.
— von Entscheidungen und den darauf beruhenden Verfügungen 177 ff.
— von anderen Verfügungen und von Parteihandlungen 189 ff.
Nichtigkeitsgründe 177 ff.
Non usus als Erlöschungsgrund von Realgewerben 104, 144.

O.

Objekt des Gewerberechtes 80 ff.
Objektive Entscheidungsgründe 155.
Originärer Erwerb des Gewerberechtes 49, 77, 107 ff., 131.
Örtliche Zuständigkeit 116, 178, 180.

P.

Pächter 34 ff., 38 ff., 60, 67, 78, 79, 92, 95 ff., 117, 119, 129, 130, 198.
Parteibefugnisse als Merkmal des subjektiven Rechtes 30 ff., 33 ff., 197, 198.
Parteihandlungen, Nichtigkeit von, 189 ff.
Parteisachen 150, 151.
Personalgewerberechte 95, 103, 104, 107, 128, 134.
— Entstehung 107 ff., 128 ff.
— Erlöschung 134 ff.
— Inhalt 104.
Personentransportgewerbe 106, Anm. 73.
Petitionsrecht 31.
Pfandleihgewerbe 50, 52, 76.
Pflichtverletzungen durch die Behörde 181.
Platzdienstgewerbe 106, Anm. 73.
Polizei 82 ff.
Präjudizielle Rechtsverhältnisse 152 ff., 161, 162, 167, 169, 170.
Prekäre gewerbliche Tätigkeit 16 ff., 164, 165, 167, 169.
Prekaristisch, s. prekär.
Privatgewerberecht 97 ff.
pronuntiatio 145.
Propinationsrechte 131, 171.
Prozessuale Rechte 30 ff., 33 ff.

R.

Radizierte Gewerberechte 131 ff.
Rauchfangkehrergewerbe 102
Realeigenschaft 49.
Realgewerberechte 40, 48, 79, 103, 104, 131 ff., 144, 198.
— Erwerb 131 ff.
— Erlöschung 104, 144.
— gesetzliche Eignung zur Ausübung 79.
— Inhalt 104.
— Übertragung 104, 131 ff.
— Umfang 104.
Recht auf Erteilung der Konzession 124, 125.
— zum Gewerbebetrieb 32 ff., siehe Entstehung, Erlöschung, Inhalt, Umfang.
Rechtliches Gehör 31, 33, 181.

Rechtsfähigkeit 41 ff., 135, 186, 198.
Rechtskraft 54, 72, 87 ff., 92, 115, 138, 144 ff., 182, 183, 184 ff., 190, 199.
— absolute 87 ff.
— formelle 115, 138, 182, 183, 190.
Rechtskraft, materielle 54, 72, 87 ff., 138, 145 ff., 182, 183, 184 ff., 190, 199.
— relative 87 ff.
— Wirkung derselben 159 ff.
Rechtsmittelbelehrung 33.
Rechtsprechung 146 ff.
Rechtsschutzanspruch 31, 32, 33 ff., 97 ff.
Rechtsverordnung 58, 72, 161.
Reflexwirkung des objektiven Rechtes 23 ff., 197.
Reflexwirkung der Rechtskraft 85, 199.
Relative Nichtigkeit 70, 175, 176, 183, 184.
— Rechtskraft 87 ff.
— Ungültigkeit 176, 183, 184.
Relativität der Normverletzungen 173.
Reziprozität 42, 135.
Richterliches Ermessen 7 ff.
Rückwirkung gewerberechtlicher Normen 76, 77.
Ruhen des Rechtes zum Gewerbebetrieb 96, 97, 141, 142, 144.

S.

Sachliche Zuständigkeit 116, 178, 179, 180, Anm. 138a).
Schließung des Betriebes, siehe Einstellung.
Schriftliche Warnung 130, 142.
Schriftlichkeit der Zeugnisse über den Befähigungsnachweis 68, 69.
Schulbesuch, Befähigungsnachweis durch 63 ff.
Schutz des Gewerberechtes 97 ff.
Schutzvorrichtungen 85, 89.
Selbstbeschränkung des Staates als Grundlage des subjektiven Rechtes 84, 164, 199.
Selbständiger Gewerbetreibender, s. Gewerbeinhaber.
Sicherheitspolizei 82 ff., 123, 124, 146.
Sittlichkeitspolizei 82 ff., 123, 124.
Sperrstunde 95.
Staatsbürgerschaft 42, 126, 152, 170.
Staatsnotrecht 94.
Standesvorschriften 57 ff.
Standort der Ausübung 103, 105, 106, 117, 118, 119, 123, 130, 140, 160, 185.
Standplatz 106, Anm. 73, 118.
Statusrechte 25, 27.
Statutenänderung juristisch. Personen 48, 135.
Stellvertreter 34 ff., 38 ff., 60, 67, 78, 79, 92, 95 ff., 117, 119, 129, 130, 198.
Strafbare Handlungen, Erwerbsunfähigkeit wegen, 53 ff.
Straffolge, Ausschließung vom Gewerbsantritte als 54 ff.
— Entziehbarkeit d. Gewerberechtes als 55, 141, 142.
Strafweise Entziehung des Gewerberechtes 139 ff.
Straßenpolizei, s. Verkehrspolizei.
Subjekt des Gewerberechtes 35, 37 ff., 198.
— des Gewerberechtes, Begriff 37 ff., 198.
— des Gewerberechtes, Fähigkeit 41 ff., 198.
— des Gewerberechtes, Untergang 134, 135.
Subjektive Entscheidungsgründe 155.
Subjektives Recht 17 ff., 23 ff., 197 ff.
— Recht auf Erteilung der Konzession 124, 125.
— Recht, Merkmale desselben 28 ff.
— Recht, Widerstandskraft 167.
— Recht zum Gewerbebetrieb 32 ff., s. Entstehung, Erlöschung, Inhalt, Nichtigerklärung, Umfang, Zurücknahme.

T.

Tod des Inhabers 135.
Todeserklärung 135.
traditio brevi manu 133.

U.

Übersiedelung 105, 106.
Übertragung des Gewerberechtes, s. derivativer Erwerb.

Übertragung eines radizierten Gewerbes auf eine andere Liegenschaft 106, 132.
— eines verkäuflichen Gewerbes auf einen anderen Standort 106.
Umfang der Anmeldung 115.
— des Gewerberechtes 16, 22, 80 ff., 103.
— des Gewerbescheines 115.
— der Realgewerbe 104.
Umherziehen, Gewerbebetrieb im 187.
Unbefugte gewerbliche Tätigkeit 16.
Unbescholtenheit 50, 74, 75, 76, 77, 107, 126, 153, 160, 165, 169, 187.
Unechte Bedingung und Befristung 135, 143.
Unerlaubte Assoziationen 42, 135, 189.
Ungehörige Besetzung 181.
Ungültigkeit 173 ff.; s. Nichtigkeit.
— Wirkung derselben 176, 192 ff.
Ungültigerklärung, s. Nichtigerklärung.
Unlauterer Wettbewerb 97.
Untergang des Subjektes 134, 135.
Unternehmer 37 ff., 117.
Untersagung des Betriebes 16, 33, 74, 110 ff., 138, 148, 180, 190, 191, 192, 193, 194, 195.
Unübertragbarkeit der Konzession auf einen anderen Standort 123.
Unzulässigkeit des Verwaltungsweges 177, 179.
Unzuständigkeit 177 ff., s. funktionelle, örtliche, sachliche Zuständigkeit.
Unzuverlässigkeit, s. Verläßlichkeit.

V.

Verbotene gewerbliche Tätigkeit 16.
Verantwortlichkeit als Kennzeichen des selbständigen Gewerbebetriebes 40.
Verfahren 33, 34, 145 ff., 152, 162, 177, 181 ff.
— Mängel desselben 177, 181 ff., 190.
— Wiederaufnahme desselben 161 ff.
Verfügung über die Substanz des Rechtes 80, 92, 102, 103.
Vergrößerung des Betriebes 107.
Verkäufliche Gewerbe 106, 131 ff.
Verkehrspolizei 80 ff., 123, 124.
Verkleinerung des Betriebes 107.
Verlängerung der Lehrzeit 62.
Verlassenschaft 79, 80, 128, 135.
Verläßlichkeit 11, Anm. 40, 50, 74, 76, 77, 126, 130, 138, 142, 153, 157, 159, 165, 169, 187, 188, 199.
Verlegung des Standortes 105, 106.
Verleihung des Gewerbescheines, s. Ausfolgung.
— der Konzession, s. Erteilung.
Verlust der Erwerbsfähigkeit 198.
— des Gewerberechtes 134 ff.
— der Handlungsfähigkeit 76 ff.
— der Rechtsfähigkeit 48, 135, 198.
— der Unbescholtenheit 76, 77.
— der Verläßlichkeit 76, 142.
Vernehmlassung 31, 145.
Verpachtung, s. Pächter.
Verurteilung zum Verlust des Gewerberechtes 138, 139.
Verwandlung eines radizierten Gewerbes in ein verkäufliches 132.
Verwaltungsverordnung 57, 58, 72, 161.
Verweigerung, s. Abweisung, Gewerbeschein, Konzession.
Verwendung als Gehilfe 61, 63, 64, 187.
Verzicht 103, 125, 135 ff., 190.
— bedingter 125, 136, 137.
Vormerkbuch 134.

W.

Warnung, schriftliche 130, 142.
Wegfall des Subjektes 134, 135.
Wesentliche Mängel des Verfahrens 177, 181 ff.
Widerruf, Konzession auf 143.
Widerstand, aktiver 174, 192.
Wiederaufnahme des Verfahrens 86, 138, 161 ff., 189, 199.
— des Verfahrens, Wirkung derselben 165 ff.
Willensmacht als Merkmal des subjektiven Rechtes 29 ff., 197.
Wirtschaftlicher Unternehmer 37 ff.

Witwe 49, 66, 78, 79, 80, 116, 128 ff.
Wohnung des Gewerbsinhabers als Betriebsstätte 105, 106.

Z.

Zertifikat der Militärbehörde 66.
Zulässigkeit des Verwaltungsweges 177, 179.
Zurücklegung des Gewerberechtes, s. Verzicht.
Zurücklegung der Lehrzeit 61 ff.
Zurücknahme 56, 60, 74, 116, 117, 130, 142, 143, 144, 145, 149, 153, 164, 165 ff., 175, 179, 186, 188, 192, 194, 195, 196, 197.
— Wirkung derselben 172, 173.
Zuständigkeit 177 ff.; s. funktionelle, örtliche, sachliche Zuständigkeit.
Zuverlässigkeit s. Verläßlichkeit.
Zwangsverwaltung und -verpachtung 129.

Berichtigungen.

S. 77, Zeile 7 von unten, lies: § 133 b) P. c) statt § 133 c).

S. 97, letzte Zeile, lies: „besitze“ statt „einräume“.

S. 117, Absatz B, zwischen Zeile 4 und 5 wäre einzufügen: „Unternehmers, die gewählte Beschäftigung, d. h. die Art des“

S. 118, Zeile 8, erstes Wort soll heißen „art“ statt „ort“

Verlag von Franz Deuticke in Leipzig und Wien.

Soziale Verwaltung in Österreich

am Ende des XIX. Jahrhunderts.

Aus Anlaß der Weltausstellung Paris 1900

mit Unterstützung durch die hohen k. k. Ministerien des Innern, des Handels und des Ackerbaues sowie durch das k. k. General-Kommissariat für die Weltausstellung Paris 1900

herausgegeben vom

Spezial-Komitee für Sozialökonomie, Hygiene und öffentliches Hilfswesen.

I. Band.

Sozialökonomie.

Preis 24 *K* = 24 M.

II. Band.

Hygiene und öffentliches Hilfswesen.

Preis 16 *K* = 16 M.

Jeder dieser beiden Bände zerfällt in sieben Hefte, die auch einzeln abgegeben werden. Der Inhalt der einzelnen Hefte ist folgender:

Erster Band:

1. **Heft: Kaan,** Dr. J., Die Arbeiter-Unfallversicherung. — **Mayer,** J., Die obligatorische Arbeiter-Krankenversicherung. — **Mayer,** J., Die Bergwerksbruderladen. Preis 3 *K*.
2. **Heft: Müller,** Dr. F., Der gewerbliche Arbeiterschutz und Arbeitsvertrag in Österreich. — **Mataja,** Dr. V., Das arbeitsstatistische Amt. — **Zechner,** F., Der Bergarbeiterschutz in Österreich. Preis 4 *K*.
3. **Heft: Breycha,** Dr. A., Die Gewerbe-Förderungsaktion des k. k. Handelsministeriums. — **Wrabetz,** C., Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in Österreich. — **Knarek,** F., Die Entwicklung der Konsumvereine in Österreich. Preis 3 *K*.
4. **Heft: Mayer,** Dr. R., Arbeitsverhältnisse und Arbeiterfürsorge in den öffentlichen Betrieben Österreichs. Preis 4 *K*.
5. **Heft: v. Schullern-Schrattenhofen,** Dr. H., Die österreichische Landwirtschaft in ihren sozialen Beziehungen. — **v. Hattingberg,** J., Die landwirtschaftlichen Kredite Österreichs in ihrer gemeinnützigen Ausgestaltung. — **Becker,** W., Die agrarischen Operationen. — **Richter,** S., Die Organisation des gemeinsamen Bezuges und Absatzes in Österreich. Preis 4 *K*.
6. **Heft: v. Wacek,** F., **v. Nava,** Dr. A., **v. Hattingberg,** J., Das Sparkassenwesen in Österreich. Preis 3 *K*.
7. **Heft: v. Philippovich,** Prof. Dr. E., und **Schwarz,** Dr. P., Wohnungsverhältnisse in österreichischen Städten, insbesondere in Wien. Preis 3 *K*.

Zweiter Band:

1. **Heft: Ritter Kusý v. Dubrav,** Dr. E., Die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes in Österreich. Mit Beiträgen von A. Freiherr v. Koller, Dr. E. v. Celebrini, Dr. E. Hofmokl, Dr. F. Gauster, Dr. K. Tinus und B. Sperk. Preis 2 *K*.
2. **Heft: Daimer,** Dr. J., Heranbildung und Statistik des Sanitätspersonales. — **Netolitzky,** Dr. F., Rechte und Pflichten des Sanitätspersonales. — **Adler,** Dr. H., Ärztliche Standes- und Berufsverhältnisse. Preis 2 *K*.
3. **Heft: Illing,** Dr. J., **Tilkowsky,** Dr. A., **Schauta,** Dr. F., **Unger,** Dr. L., **v. Reuss,** Dr., **Urbantschitsch,** Dr., Die Anstalten für Kranke, Irre, Gebärende, Findlinge, Ammen, Blinde und Taubstumme in Österreich. Preis 2 *K*.
4. **Heft: Loew,** Dr. A., Österreichs freiwilliges Hilfswesen im Kriege. — **Charas,** Dr. H., Das Rettungswesen in Österreich. — **Mischler,** Prof. Dr., Die öffentliche Armenpflege in Österreich. — **Knarek,** F., Pfandleihanstalten in Österreich. — **Unger,** Dr. L., Krippen, Kinderbewahranstalten und Kindergärten in Österreich. — **Monti,** Prof. Dr. A., Heilstätten für skrofulöse Kinder. — **Monti,** Prof. Dr. A., Ferienkolonien in Österreich. — **Wagner Ritter v. Jauregg,** Prof. Dr. J., Pflege der Geisteskranken und Gebrechlichen außerhalb der Anstalten. — **Daum,** Dr. A., Der Alkoholismus und dessen Bekämpfung in Österreich. Preis 3 *K*.
5. **Heft: Daimer,** Dr. J., Bekämpfung der Infektionskrankheiten. — **Paul,** Dr. G., Die Entwicklung der Schutzpockenimpfung. — **Paltauf,** Prof. Dr. R., Serotherapie. — **Daimer,** Dr. J., Sterblichkeitsstatistik. — **Daimer,** Dr. J., Leichenwesen. Preis 3 *K*.
6. **Heft: Gruber,** Prof. Dr. M., Die Wasserversorgung und Reinigung der österreichischen Ortschaften mit 1000 und mehr Einwohnern. Unter Mitwirkung von Chefingenieur A. Rella. — **Gruber,** Prof. Dr. M., Die Verunreinigung der öffentlichen Gewässer und die Verhütung derselben in Österreich. Preis 2 *K*.
7. **Heft: Graßberger,** Dr. R., Die gesetzlichen Verordnungen über Schulgesundheitspflege in Österreich. — **Gruber,** Prof. Dr. M., Das Lebensmittelgesetz und seine Durchführung. — **Kainz,** C., Marktordnungen in Österreich. — **Sperk,** B., Öffentliche Veterinärpflege in Österreich. Preis 2 *K*.

K. u. k. Hofbuchdrucker Fr. Winiker & Schickardt, Brü